



**CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA
CENTRO DE ARBITRAJE**

Caso Arbitral N° 0212-2021- CCL

DIAGNÓSTICA PERUANA S.A.C.

-Demandante-

y

**CENTRAL DE COMPRAS PÚBLICAS – PERÚ
COMPRAS**

-Demandado-

LAUDO ARBITRAL

ÁRBITRO ÚNICO

Alfredo F. Soria Aguilar

Lima, 22 de abril de 2022

I. DECLARACIÓN	3
II. EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL.....	3
III. REGLAS DEL PROCESO	4
IV. NORMATIVIDAD APLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIA	4
V. TIPO DE ARBITRAJE	4
VI. DE LA DEMANDA ARBITRAL PRESENTADA POR DIAGNÓSTICA PERUANA	4
VII. DE LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA PRESENTADA POR LA ENTIDAD	17
VIII. DE LA ABSOLUCIÓN A LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD	22
IX. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS	23
X. ACTUACIONES ARBITRALES Y PLAZO PARA LAUDAR.....	24
XI. ASPECTOS PRELIMINARES	25
XII. DE LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD	25
XIII. LAUDO	43

Orden Procesal N° 9

En Lima, a los 22 días del mes de abril del año dos mil veintidós, el Árbitro Único, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchado los argumentos sometidos a su consideración y analizado las pretensiones de la demanda arbitral, procede a emitir su Laudo, conforme a derecho.

I. DECLARACIÓN

1. El Árbitro Único declara haber revisado todos y cada uno de los medios probatorios presentados por las partes y admitidos dentro de este arbitraje, analizándolos y adjudicándoles el valor probatorio que les corresponde, aun cuando en la presente Resolución no se haga mención expresa a alguno o algunos de ellos o al valor probatorio que le ha sido asignado.
2. En consecuencia, habiéndose cumplido con los presupuestos procesales y no existiendo vicio alguno que afecte la validez del presente proceso de arbitraje, el cual se ha desarrollado cumpliendo todas sus etapas, de conformidad con las Reglas establecidas, el Árbitro Único procede a emitir la decisión pertinente.

II. EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL

3. Con fecha 06 de julio de 2020, DIAGNÓSTICA PERUANA S.A.C. (en adelante, DIAGNÓSTICA PERUANA, demandante o Contratista) y CENTRAL DE COMPRAS PÚBLICAS- PERÚ COMPRAS (en adelante, PERÚ COMPRAS, demandado o la Entidad), suscribieron el Contrato N° 025-2020-PERÚ COMPRAS/GG-OA derivado de la Contratación Directa N° 010-2020-PERÚ COMPRAS/CE, para la "Adquisición de Pruebas Rápidas para la Detección de IgM/IgG frente al SARS-CoV-2 Pruebas Rápidas Covid 19" (en adelante, el Contrato).

En la cláusula Décima Séptima del Contrato, las partes pactaron el respectivo convenio arbitral, cuyo texto literal se reproduce a continuación:

"Cláusula Décima Séptima: Solución de Controversias

Las controversias que surjan entre las partes durante la ejecución del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes.

Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje a fin de resolver dichas controversias dentro del plazo de caducidad previsto en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

Facultativamente, cualquiera de las partes tiene el derecho a

solicitar una conciliación dentro del plazo de caducidad correspondiente, según lo señalado en el artículo 224 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sin perjuicio de recurrir al arbitraje, en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas partes o se llegue a un acuerdo parcial. Las controversias sobre nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.

El laudo arbitral emitido es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, según lo previsto en el numeral 45.21 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado.”

III. REGLAS DEL PROCESO

4. El procedimiento arbitral se rige por las reglas establecidas mediante Orden Procesal N° 2 de fecha 02 de agosto de 2021, el Reglamento de Arbitraje de 2017 del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (en adelante, el Reglamento de Arbitraje). Asimismo, será de aplicación supletoria la Ley de Arbitraje.

IV. NORMATIVIDAD APLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIAS

5. Conforme a la Cláusula Décima Sexta del Contrato, sólo en lo no previsto en el Contrato, en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, en las directivas que emita el OSCE y demás normativa especial que resulte aplicable, serán de aplicación supletoria las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente, cuando corresponda, y demás normas de derecho privado.
6. En virtud de lo indicado, para efectos de la presente controversia, son de aplicación el Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 082-2019-EF (en adelante, TUO de la LCE), y el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por Decreto Supremo N° 344-2018-EF (en adelante, RLCE).

V. TIPO DE ARBITRAJE

7. Se deja constancia de que el presente arbitraje es institucional y de derecho.

VI. DE LA DEMANDA ARBITRAL PRESENTADA POR DIAGNÓSTICA PERUANA

8. Mediante escrito de fecha 31 de agosto de 2021, DIAGNÓSTICA PERUANA presentó su demanda arbitral, señalando las siguientes pretensiones:

Primera Pretensión Principal.- Se declare la nulidad e ineeficacia del acto mediante el cual se ordenó la detracción de la suma de S/ 992,680.00 (Novecientos noventa y dos mil seiscientos ochenta con 00/100 Soles) por concepto de

penalidad por mora aplicada a DIAGNÓSTICA.

Pretensión Accesoria a la Primera Pretensión Principal.-

Se ordene a PERÚ COMPRAS efectuar el pago de la suma ascendente a S/ 992,680.00 (Novecientos noventa y dos mil seiscientos ochenta con 00/100 Soles) a favor de DIAGNÓSTICA por indebida aplicación de penalidad por mora, más los intereses legales que se generen hasta la fecha efectiva del pago.

Segunda Pretensión Principal.- Se ordene a PERÚ COMPRAS que, en caso confirme durante el proceso arbitral que cuenta en correcto estado de conservación y dentro de su vida útil con 65,100 unidades de dispositivos que fueron observados, proceda con la devolución de los mismos, los cuales fueron reemplazados con la entrega del 23 de diciembre de 2020, en atención al canje dispuesto por la Entidad.

Pretensión Subordinada de la Segunda Pretensión Principal.-

En caso la entidad no cuente, en correcto estado de conservación y dentro del periodo de vida útil, con las 65,100 unidades de dispositivos que no fueron devueltas a DIAGNÓSTICA luego de realizado el canje de productos, se reconozca como concepto indemnizatorio a favor de DIAGNÓSTICA, de la suma de S/ 1'946,490.00 (Un millón novecientos cuarenta y seis mil cuatrocientos noventa con 00/100 Soles) o el justiprecio que se determine en el proceso arbitral, por el valor de las 65,100 unidades de dispositivos antes mencionados.

Tercera Pretensión Principal.- Se ordene a PERÚ COMPRAS realizar el pago de una indemnización por daño emergente (incluida la pérdida de la chance) a favor de DIAGNÓSTICA, a consecuencia de la afectación que le generó la publicación del rechazo, por parte de PERÚ COMPRAS y el INS, de los dispositivos médicos entregados como parte del contrato.

Cuarta Pretensión Principal.- Se ordene a PERÚ COMPRAS el pago de las costas y costos del presente proceso arbitral.

Respecto de la controversia, DIAGNÓSTICA PERUANA sostuvo lo siguiente:

Sobre la Primera Pretensión Principal

9. El Contratista señala que cumplió con realizar la segunda y tercera entrega de los bienes en tiempo oportuno, para lo cual hace referencia a las Guías de Remisión N° 001 – 0053140 y N° 001 – 00053427 de fechas 11 y 22 de junio de 2020, respectivamente.
10. Asimismo, señala que más de un mes después de efectuadas ambas entregas, mediante Oficio N° 000354-2020-PERU COMPRAS-OA, de fecha 22 de julio de 2020, notificado vía correo electrónico en la misma

fecha, PERÚ COMPRAS solicitó a DIAGNÓSTICA PERUANA efectuar el cambio de lotes relacionados a la segunda y tercera entrega de la Orden de Compra N° 086 (312,000 unidades), toda vez que, supuestamente los productos entregados tenían parámetros de sensibilidad y especificidad por debajo de los establecidos en las especificaciones técnicas, otorgándole un plazo de (2) días a DIAGNÓSTICA PERUANA para efectuar dicho canje. A mayor detalle, el Contratista muestra en su escrito de demanda la comunicación remitida por PERÚ COMPRAS que brinda mayor detalle sobre lo indicado por esta parte.

11. En este punto, además el Contratista indica que, de acuerdo con el numeral 168.3 del RLCE, el plazo para que la Entidad emitiera la conformidad sobre los bienes recibidos era de diez (10) días calendario de producida la recepción de estos; y, dependiendo de la complejidad o sofisticación de la contratación, dicho plazo podía extenderse hasta un máximo de veinte (20) días calendario. En ese sentido, señala, es también dentro de dichos plazos que la Entidad podía realizar las observaciones que tuviera sobre los bienes entregados y comunicarlas al contratista.
12. En la medida que la segunda entrega fue realizada el día 11 de junio de 2020, precisa el Contratista que el plazo de diez días calendario legalmente establecido para emitir la conformidad (y/o realizar las observaciones respectivas) venció el 21 de junio de dicho año; y, aún en el supuesto negado en el que se quisiera considerar que se trataba de una contratación de complejidad o sofisticación, el plazo de veinte (20) días venció el 1 de julio de 2020. En esa misma línea, afirma que la tercera entrega fue realizada el día 22 de junio de 2020, por lo que, el plazo de diez días calendario legalmente establecido para emitir la conformidad (y/o realizar las observaciones respectivas) venció el 2 de julio de dicho año; y, aún en el supuesto negado en el que se quisiera considerar que se trataba de una contratación de complejidad o sofisticación, el plazo de veinte días venció el 12 de julio de 2020.
13. Por tanto, indica esta parte que, lo primero que debe tenerse en cuenta es que las observaciones formuladas por la Entidad sobre los bienes recibidos, se comunicaron de manera extemporánea, excediendo totalmente el plazo establecido en la normativa de contratación pública para dichos fines.
14. Sin perjuicio de ello, DIAGNÓSTICA PERUANA indica que, mediante Carta N° 041-2020-DPSAC-LEG, de fecha 24 de julio de 2020, procedió a dar respuesta inmediata al requerimiento formulado por PERÚ COMPRAS, manifestándole que no procedía el cambio de bienes, toda vez que el Reporte Técnico que contenía las supuestas observaciones a los bienes entregados no fue realizado tomando en cuenta las especificaciones técnicas contenidas en el requerimiento que fue objeto de cotización por su parte, ni aplicó los lineamientos establecidos en Guías Internacionales o Directivas Nacionales. Al respecto, indica que, en el requerimiento notificado el 27 de abril, bajo el cual se invitó a DIAGNÓSTICA PERUANA a cotizar y en base al cual se emitió la Orden

de Compra N° 086, no se estableció metodología particular alguna para la evaluación de las pruebas que, permite saber a ambas partes de forma objetiva, como se contrataría aquellas verificaciones técnicas contra el producto entregado por el Contratista.

15. En dicha respuesta, DIAGNÓSTICA PERUANA afirma que procedió a detallar las metodologías que fueron utilizadas en los reportes técnicos del Instituto Nacional de Salud (en adelante, INS), siendo que la primera metodología era una prueba inmunocromatográfica (prueba rápida) y la segunda prueba fue una PCR (conocida como prueba molecular), cuando el objeto de la contratación y, por ende, los bienes entregados, eran pruebas rápidas, lo que incluso, indica, evidenciaba que se estaban aplicando metodologías que no correspondían con la naturaleza del bien entregado.
16. Por otro lado, sostiene que procedió a acreditar que la verificación de los bienes entregados respecto a los parámetros de sensibilidad y especificidad no fue realizada de acuerdo con los lineamientos establecidos en las especificaciones técnicas que formaron parte del requerimiento, por las siguientes razones:
 - A) Sobre el nivel de sensibilidad:
17. El reporte técnico de verificación consigna los siguientes resultados, respecto de los 3 lotes observados:

LOTE	DECLARADA POR EL FABRICANTE		RESULTADO DE LABORATORIO			
	SENSIBILIDAD	ESPECIFICIDAD	Anticuerpos IgM		Anticuerpos IgG	
			SENSIBILIDAD	ESPECIFICIDAD	SENSIBILIDAD	ESPECIFICIDAD
HZ52200514W15513C-3	93.75%	98.40%	80%	100%	100%	93.33%
HZ52200503W15513C-3	93.75%	98.40%	80%	100%	100%	100%
20200520W15513C-3	93.75%	98.40%	58.87%	100%	100%	93.33%

18. Según indica el Contratista, los resultados de laboratorio hacen referencia a niveles de sensibilidad y especificidad tanto de Anticuerpos IgM como de Anticuerpos IgG de manera independiente; sin embargo, precisa que las especificaciones técnicas lo que requirieron (y lo que la empresa ofertó) fue un (1) casete (dispositivo de prueba) con sensibilidad mayor o igual a 91% y una especificidad mayor o igual a 96%. Es decir, siendo que el requerimiento fue de un solo casete, el parámetro de sensibilidad y especificidad solicitado debía determinarse de manera conjunta o integral y no de forma independiente y conforme lo declarado por el fabricante en su inserto.
19. Asimismo, afirma el Contratista que es de suma relevancia reiterar que las especificaciones técnicas no indicaron que las verificaciones se realizarían sobre cada anticuerpo, y no señalaron la metodología procedural a ser aplicada. Por lo que, ante el requerimiento formulado, DIAGNOSTICA PERUANA señala que cotizó los bienes que cumplían con las especificaciones técnicas remitidas, ofreciendo un

dispositivo con un parámetro integral de sensibilidad de 93.75% y de especificidad de 96.40%.

20. Señala además que, en caso la Entidad hubiera querido que se le entregara un dispositivo que cuente con el nivel de sensibilidad y especificidad respecto de cada uno de los anticuerpos, esto debió ser requerido de manera expresa en las especificaciones técnicas que se cursaron con la invitación a cotizar y con las cuales se emitió la Orden de Compra, ya que se sabe que el nivel de sensibilidad y especificidad puede evaluarse sobre cada anticuerpo independientemente o de manera simultánea, lo que es reconocido por el INS, toda vez que se encuentra publicado en su página web.
21. Realizando una evaluación del dispositivo médico entregado y verificando la detección simultánea de IgG e IgM, el Contratista manifiesta que el nivel de sensibilidad que obtiene el dispositivo es de 100%, es decir, cumple con la especificación técnica requerida.

B) Sobre el nivel de especificidad:

22. El Contratista expresa que, al igual que en la prueba de sensibilidad, la Entidad ha efectuado un ensayo independiente para el anticuerpo IgM y el anticuerpo IgG, lo cual no estuvo previsto en las especificaciones técnicas.
23. Asimismo, verifica en el reporte técnico de la INS que, para determinar el nivel de especificidad se han realizado dos pruebas, una de "Especificidad Analítica", donde el producto ha obtenido un nivel de 96% para IgM y 100% para IgG; y la segunda prueba "Especificidad Diagnóstica", donde al realizar el ensayo de manera independiente sobre el anticuerpo IgM, se obtuvo un resultado de 100% y, sobre el anticuerpo IgG, se obtuvo un resultado de 93.33%. No obstante, sostiene que el mismo INS, en las conclusiones del reporte indica que existe un margen de error expresado en el intervalo de confianza (IC) que confiere hasta el 100% de especificidad a la prueba.
24. Sumado a ello, DIAGNÓSTICA PERUANA indica que la prueba de Especificidad Analítica se realizó sobre 50 muestras, mientras que la prueba de Especificidad Diagnóstica únicamente se desarrolló sobre 30, por lo que, resulta evidente que el resultado sería mucho más confiable si se hubiera realizado en un número mayor de muestras.
25. Finalmente, el Contratista señala que no se ha cumplido con realizar el ensayo de especificidad diagnóstica con muestras de pacientes clínicamente negativos, como lo requiere la "Directriz para la Validación y Verificación de los procedimientos de análisis cualitativos en los Laboratorios Clínicos del Instituto Nacional de Calidad (INACAL)", sino que la comparación se realizó con una muestra de un paciente que tiene una prueba molecular negativa, lo que no es lo mismo que un paciente clínicamente negativo, pues, la prueba molecular detecta el virus (ARN), mientras que la prueba rápida tiene como objeto la detección de los anticuerpos. Por tanto, concluye, no es válido hablar

de especificidad.

26. Aclarado ello y, ante la respuesta dada a la Entidad, DIAGNÓSTICA PERUANA afirma que PERU COMPRAS, vía correo electrónico del 29 de julio de 2020, le indicó que remitiría dicha información al INS para que como área usuaria evalúe los descargos. A partir de ello, el Contratista informa que se sostuvo una reunión en las instalaciones del Laboratorio de Biomedicina- INS, exponiendo los argumentos de su carta N° 041-2020-DPSAC-LEG, ante lo cual, el INS le indicó que se emitiría un nuevo Reporte Técnico.
27. Así, mediante Carta N° 052-2020-DPSAC-LEG de fecha 04 de agosto de 2020, el Contratista afirma que requirió a la Entidad, a fin de que emita el nuevo Reporte Técnico conforme a lo acordado en la reunión y, además, le solicitó que proporcione los criterios de caracterización clínicos de las muestras que fueron utilizadas para los reportes técnicos.
28. Con fecha 18 de agosto de 2020, PERÚ COMPRAS requirió el cambio del lote de la tercera entrega mediante Oficio N° 423-2020-PERU COMPRAS-OA, alegando que los bienes entregados no cumplían con las especificaciones, para lo cual otorgó dos días al Contratista.
29. DIAGNÓSTICA PERUANA sostiene que, a fin de no dilatar la culminación de la ejecución contractual, el 20 de agosto de 2020 y, dentro del plazo, procedió a realizar el canje de los productos requeridos, lo que fue informado mediante Carta N° 063-2020-DPSAC-LEG.
30. Posteriormente, el Contratista indica que fue notificado con el Oficio N° 442-2020-PERU COMPRAS-OA de fecha 31 de agosto de 2020, en el que se le informó que resultaba improcedente emitir un nuevo reporte técnico de evaluación de desempeño y, a su vez, le comunicaron la ratificación de los resultados de la evaluación de desempeño de los lotes entregados por DIAGNÓSTICA PERUANA, señalándole que se mantenía la obligación de realizar el cambio de los productos de la segunda entrega.
31. En ese sentido, el Contratista señala que, a pesar de no estar de acuerdo con las observaciones, se apersonó el día 02 de septiembre de 2020 al Almacén de CENARES para el canje de los productos de la segunda entrega. Sin embargo, asegura que el personal le informó que el INS había ordenado no recibir los productos, alegando que el lote HZGZ20200302WI5513C-3 que estaban entregando, había sido observado por la Entidad.
32. Con fecha 03 de septiembre de 2020, mediante Oficio N° 446-2020-PERU COMPRAS-OA, DIAGNÓSTICA PERUANA manifiesta que nuevamente se le requirió el cambio de los dispositivos entregados como parte de la tercera entrega (que habían sido objeto de un primer canje). Por tanto, el 10 de septiembre de 2020, asegura que dio respuesta a dicha comunicación, mediante la Carta N° 070-2020-DPSAC-LEG, informándole a PERU COMPRAS sobre los errores

encontrados en el Reporte Técnico. Asimismo, señala que, mediante Carta N° 073-2020-DPSAC-LEG, comunicó errores adicionales advertidos, así como un nuevo informe emitido por un consultor en Sistemas de Gestión de Calidad para laboratorios clínicos en el que señala su interpretación sobre el reporte del INS en cuestión.

33. El día 14 de septiembre de 2020, DIAGNÓSTICA PERUANA indica que fue notificada notarialmente con el Oficio N° 462-2020-PERU COMPRAS-OA, mediante el cual se le requirió el cambio de los bienes internados en la segunda entrega, que fueron observados mediante el Oficio N° 354-2020-PERÚ COMPRAS-OA, otorgándole un plazo de dos días para ello. En respuesta, esta parte indica que remitió la carta N° 074-2020-DPSAC-LEG, solicitando a la Entidad que deje sin efecto la carta notarial, pues, DIAGNÓSTICA PERUANA tuvo la total disposición para efectuar el canje de los bienes, apersonándose con el nuevo lote, sin embargo, se le impidió el internamiento de los mismos.
34. Mediante Oficio N° 513-2020-PERÚ COMPRAS-OA notificado notarialmente el 7 de octubre de 2020, PERU COMPRAS requirió cumplir con el cambio de los productos de la segunda y tercera entrega observados, bajo apercibimiento de resolver el contrato, para lo cual otorgó un plazo de dos días. En respuesta a ello, el Contratista señala que remitió la Carta N° 098-2020-DPSAC-LEG notificada el 09 de octubre, con la cual comunicó las razones y argumentos técnicos legales por las cuales los reportes técnicos adolecen de vicios y errores.
35. A su vez, afirma el Contratista que mediante cartas N° 103-2020-DPSAC-LEG y N° 104-2020-DPSAC-LEG informó a PERÚ COMPRAS haber tomado conocimiento de la Carta N° 4060-2020-DIGEMID-DICER-UFCVP-AEIE/MINSA, emitida por la DIGEMID, donde indica que la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas, así como el Centro de Control de Calidad del INS, dieron por válido el lote 20200520WI5513C-3 del dispositivo médico Cellex Qsars-CoV-2IgG/IgM Cassette Rapid Test, sin embargo, el mismo producto y lote había sido observado a DIAGNÓSTICA PERUANA. Al respecto, con Oficio N° 607-2020-PERÚ COMPRAS-OA, el INS remitió la Nota Informativa N° 486-2020-EQ-PR-COVID19-DEET-CNSP/INS donde se corrige y manifiesta que el lote que evaluaron era uno distinto.
36. Posteriormente, expresa el Contratista que mediante Oficio N° 608-2020-PERU COMPRAS-OA notificado el 4 de noviembre de 2020, PERÚ COMPRAS requirió nuevamente el canje de los productos correspondientes a la segunda y tercera entrega, en el plazo de un día, bajo apercibimiento de resolver el contrato.
37. Así, el 5 de noviembre de 2020, DIAGNÓSTICA PERUANA indica que cumplió con internar 226,500 unidades de dispositivos con Guía de Remisión N° 001-0058385. Sin embargo, precisa que se le informó que no se contaba con suficientes existencias para realizar el cambio del total de prueba, por lo que, el canje se realizaría únicamente por 161,100 unidades. Por tanto, se realizó la entrega de dichas unidades mediante Guía de Remisión N° 002 – 009353, mientras que, CENARES

firmó la Guía de Remisión N° 001-0058420 por el recojo de las unidades de pruebas devueltas.

38. Mediante Oficio N° 926-2020- PERU COMPRAS-OA de fecha 22 de diciembre de 2020, DIAGNÓSTICA PERUANA afirma que fue requerida por PERÚ COMPRAS a fin de que cumpla con el canje íntegro de los productos requeridos, es decir, que se complete las 65,100 unidades. Por tanto, el 23 de diciembre de 2020, procedió a internar en el Almacén de CENARES la cantidad de dispositivos requerida, sin embargo, señala que no se le devolvió ningún dispositivo.
39. Finalmente, con fecha 31 de diciembre de 2020, PERÚ COMPRAS le comunicó vía correo electrónico, el cobro de una penalidad por mora ascendente a S/ 992,680 Soles, aduciendo un supuesto retraso en el internamiento de la segunda y tercera entrega. Al respecto, el Contratista sostiene que, ha acreditado que cumplió con realizar el internamiento de la segunda y tercera entrega en plazo oportuno (12 y 22 de junio de 2020), conforme a lo establecido en la orden de compra. Pese a ello, por motivos injustificados, el INS rechazó los bienes entregados.
40. Según precisa, el canje de los dispositivos no solo resultó carente de fundamento, sino que se pretende atribuirle un retraso injustificado en el internamiento de los bienes que, finalmente, y ante la necesidad de la Entidad se aceptó realizar el canje, lo que resulta ilegal, toda vez que el internamiento de los bienes obedeció a un requerimiento injustificado por parte de la Entidad.
41. En conclusión, al no haber incurrido en retraso injustificado en la entrega de los bienes objeto de la contratación, el Contratista señala que resulta contrario a la normativa que PERU COMPRAS le aplique la penalidad por mora; por lo que ésta debe dejarse sin efecto, declarándose fundada su Primera Pretensión Principal.

Con relación a la Pretensión Accesoria a la Primera Pretensión Principal

42. De manera previa a su posición, el Contratista señala que en la medida que corresponde declarar fundada la Primera Pretensión Principal, se debe amparar esta pretensión accesoria debido a que se encuentran vinculadas.
43. A consideración del Contratista, ha demostrado que la aplicación de la penalidad por mora por parte de la Entidad no tiene sustento legal, toda vez que no se ha configurado la causal que establece el numeral 162.2 del artículo 162 del RLCE, por lo que, al acogerse la primera pretensión, solicita que se declare la nulidad e ineficacia del acto mediante el cual se ordenó la detracción de la suma de S/992,680 Soles por concepto de penalidad por mora.
44. Por tanto, solicita que, en virtud de la acumulación objetiva originaria de pretensiones, por el carácter de accesoriedad, se declare fundada

la pretensión accesoria y se ordene a PERÚ COMPRAS efectuar el pago de la suma S/ 992,680 Soles, más los intereses legales que se generen hasta la fecha efectiva del pago.

Con relación a la Segunda Pretensión Principal

45. DIAGNÓSTICA PERUANA afirma que pese a las reiteradas cartas enviadas a la Entidad evidenciando las deficiencias en la evaluación realizada por el INS, sobre los dispositivos entregados en el segundo y tercer internamiento, no logró que se cambie de posición, por lo que sostiene que a fin de evitar que la ejecución continúe dilatándose y en aras de sacar adelante la contratación, procedió dentro del plazo otorgado- a efectuar el canje requerido mediante Oficio N° 608-2020- PERU COMPRAS-OA.
46. En ese sentido, señala, el 5 de noviembre de 2020 internó en condición de canje 226,500 unidades de dispositivos con guía remisión N° 001-0058385. Sin embargo, en el almacén se le informó que ellos no contaban con suficientes existencias para hacer la devolución que correspondía con el canje por la totalidad de unidades ingresadas. Por esta razón, señala que se apersonaron al día siguiente, 6 de noviembre, para continuar con el canje por el total de unidades requeridas. No obstante, el personal del INS y CENARES informó que el canje se realizaría únicamente por 161,400 unidades.
47. Pese a ello, el Contratista señala que más de un mes después de haber realizado dicho canje por las 161,400 unidades, en atención a lo indicado por el personal del INS y CENARES, mediante Oficio N° 926-2020-Perú COMPRAS-OA de fecha 22 de diciembre de 2020, se le requirió cumplir con el canje íntegro de los productos solicitados, es decir, la entrega de las 65,100 unidades que no se realizó por solicitud y disposición de CENARES y el INS.
48. Así, DIAGNÓSTICA PERUANA señala que acudió al día siguiente a realizar el internamiento requerido de las 65,100 unidades que inicialmente no se aceptaron en canje. Sin embargo, la Entidad no le entregó ningún dispositivo por esas unidades.
49. A la fecha, sostiene DIAGNÓSTICA PERUANA, habiendo transcurrido más de 8 meses desde que realizó el último internamiento de los bienes en calidad de canje, la Entidad no ha cumplido con la devolución de las 65,100 unidades antes indicadas, pese a que se le ha requerido incluso por escrito mediante Carta N° 004-2021-DPSAC-LEG.
50. Según, DIAGNÓSTICA PERUANA, este hecho evidencia un flagrante incumplimiento de las obligaciones contractuales de la Entidad, toda vez que un canje corresponde a un intercambio de cosas, por lo que, al entregarle las 65,100 unidades de dispositivos médicos de un nuevo lote, lo que correspondía es que la entidad receptora, proceda con la devolución de la misma cantidad de dispositivos con los que no se encontraba conforme y que había pedido que fueran reemplazados.

51. Ante esta cadena de eventos, el Contratista solicita, en primer lugar, que, en el marco de las actuaciones arbitrales, se pregunte expresamente a PERÚ COMPRAS si ésta o la entidad receptora sigue contando con las 65,100 unidades de dispositivos médicos que fueron entregados por DIAGNÓSTICA PERUANA y posteriormente reemplazados a requerimiento de la Entidad, para que le sean devueltas.
52. De ser afirmativa la respuesta, DIAGNÓSTICA PERUANA alega que corresponderá que en el Laudo se ordene a PERU COMPRAS que proceda con la devolución de las 65,100 unidades de dispositivos médicos, toda vez que DIAGNÓSTICA PERUANA cumplió con entregar el íntegro de las unidades contratadas, habiendo posteriormente reemplazado las que fueron observadas por la Entidad, quedando pendientes de devolución la cantidad ascendente a 65,100 unidades.

Sobre la Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal

53. Bajo esa línea, en la medida que la Segunda Pretensión Principal se encuentra sujeta a que la Entidad confirme que sigue contando en su poder con las 65,100 unidades de dispositivos médicos que fueron reemplazados y que las mismas se encuentran en condiciones óptimas para que sean devueltas a DIAGNÓSTICA PERUANA, es que esta parte sostiene que se desprende que, en el caso que la respuesta ante la interrogante formulada sea negativa y que la Entidad no cuente con las 65,100 unidades o contando con ellas, estas se encuentran fuera del periodo de vida útil, deteriorados o en condiciones de no conservación, evidentemente, no podrán ser devueltas, por lo que, la pretensión principal sería desestimada.
54. Por tanto, DIAGNÓSTICA PERUANA formula la presente pretensión subordinada para que, en dicha eventualidad, el Árbitro Único ordene a la Entidad que reconozca y pague a favor de DIAGNÓSTICA PERUANA la suma de S/. 1,946,490.00 Soles o el justiprecio que se determine en el proceso arbitral, por el valor de las 65,100 unidades de dispositivos que fueron observados reemplazados y no devueltos por la Entidad receptora.
55. El Contratista sostiene que para que se determine la existencia del daño generado al no proceder con la devolución de las 65,100 unidades que fueron reemplazados, procede a acreditar la confluencia de elementos constitutivos, los cuales desarrolla en su demanda conforme al siguiente detalle:

De la ilicitud o antijuridicidad de la acción o hecho dañoso

56. DIAGNÓSTICA PERUANA señala que, si bien la Entidad estaba autorizada para requerir legalmente el cambio de los bienes recibidos, debía proceder con la devolución de aquellos que se encontraban observados, por lo que, indica, lo ilegal o antijurídico es que valiéndose de dicha atribución la Entidad no cumpla con entregarle los bienes que

fueron reemplazados.

57. En ese sentido, asegura que se evidencia un actuar transgresor de la norma por parte de la Entidad, en virtud del cual, ha permanecido en posesión de bienes que debían ser devueltos al Contratista.

Del factor de atribución

58. Según DIAGNOSTICA PERUANA, se evidencia un actuar doloso por parte de la Entidad, debido a que pese sus reiterados pedidos se negó a devolver los productos entregados inicialmente sin justificación. Así, señala que la Entidad no podrá desconocer la falta de devolución de las 65,100 unidades de dispositivos médicos en cuestión, aduciendo que la entrega fue efectuada en el almacén de CENARES a la entidad receptora, toda vez que como entidad contratante es su deber conocer los hechos y coordinar con la entidad receptora todos los detalles del contrato.
59. Para DIAGNÓSTICA PERUANA, entonces, no cabe duda que el daño generado fue motivado en la evidencia y consciente omisión de la entidad contratante, constatándose de esta forma el factor atributivo de responsabilidad.

Del nexo causal

60. El daño ocasionado, según DIAGNÓSTICA PERUANA, es a todas luces, originado por la conducta antijurídica de la Entidad, toda vez que al no proceder con la devolución de las 65,100 unidades de dispositivos que fueron reemplazados, ha generado un menoscabo económico en su empresa, evitando que perciban el ingreso dinerario por la comercialización de dichas existencias en el mercado.

Del daño

61. DIAGNÓSTICA PERUANA afirma que el daño producido es de índole económico, toda vez que, al no proceder la Entidad con la devolución de las 65,100 unidades de dispositivos, de manera injustificada y contraviniendo las disposiciones del ordenamiento jurídico, ha generado que DIAGNÓSTICA PERUANA pierda la oportunidad de percibir el ingreso dinerario por la comercialización de dichos dispositivos médicos, toda vez que, la disposición se ha visto frustrada por el hecho de no contar con tales bienes.
62. El detalle de la cuantificación y el daño generado ascendente a la suma de S/. 1,946,490.00 Soles, se acredita tomando como referencia el precio unitario de los dispositivos que constan en la Orden de Compra N° 0000086, multiplicándolo por las existencias que no fueron devueltas de manera injustificada por la Entidad, afirma el Contratista.

Con relación a la Tercera Pretensión Principal

63. Sin perjuicio de lo expuesto, DIAGNÓSTICA PERUANA indica que no

puede dejarse de lado el perjuicio económico que ha generado el actuar de la Entidad en el marco de la ejecución del Contrato, que debe ser resarcido en virtud de la responsabilidad civil contractual.

64. Según indica, ha acreditado que PERÚ COMPRAS ha observado de manera errada los dispositivos médicos que fueron entregados durante la ejecución del Contrato, basándose en reportes técnicos deficientes e incorrectos.

Sobre el daño emergente

65. DIAGNÓSTICA PERUANA indica que, a consecuencia de las erradas observaciones formuladas por el INS, que trajeron como consecuencia que PERÚ COMPRAS rechazara los dispositivos médicos entregados con motivo del segundo y tercer internamiento, el plazo de ejecución contractual se vio extendido hasta el mes de diciembre de 2020. Por tanto, se vio en la obligación también de extender la vigencia de la garantía de fiel cumplimiento, habiendo tenido que renovarla incluso en 2 ocasiones.
66. Este hecho ha generado, indica DIAGNÓSTICA PERUANA, que incurra en costos adicionales a los proyectados para esta contratación. Así, precisa que la renovación de la carta fianza le ha originado un perjuicio económico ascendente a S/. 9,160.06 Soles en gastos administrativos.

Sobre el lucro cesante

67. Otra afectación económica que precisa se le ha generado, es el "costo de oportunidad" porque al no recibir el ingreso dinerario correspondiente al pago de la ejecución de las prestaciones objeto del Contrato en las fechas proyectadas, no tuvo la oportunidad de reinvertir estos montos y generar mayores ingresos en el tiempo. Es por ese motivo, que el monto costo de oportunidad ha sido calculado desde el día en que debieron realizarse los pagos hasta la fecha en que efectivamente se realizaron.
68. En el caso del último canje realizado el 23 de diciembre 2021, que hasta la fecha de presentación de la demanda arbitral, de acuerdo a lo indicado por el Contratista, no ha procedido con la devolución de las pruebas, es que presenta el daño económico consistente en la pérdida económica irrogada a DIAGNÓSTICA PERUANA al imposibilitar la oportunidad de percibir mayores ganancias al devolver las pruebas y no poder reinvertir el monto que se tuviera de ellas. Asegura esta parte que, la devolución de las pruebas en el momento oportuno habría permitido disponer de ellas pudiendo comercializarlas, no solo tener el pago de dicha comercialización, sino reinvertir dicho dinero.

Sobre la pérdida de chance como daño emergente

69. En este punto DIAGNÓSTICA PERUANA hace referencia al daño económico que se ha generado como consecuencia de las manifestaciones negativas sobre sus dispositivos médicos realizados

por la Entidad, toda vez que como consecuencia de ello perdió la posibilidad de obtener un beneficio patrimonial que se derivaría de las ventas de sus pruebas rápidas a otras empresas.

70. Precisado el daño económico, el Contratista desarrolla los elementos que, a su parecer, constituyen y acreditan la existencia del daño.

De la ilicitud o antijuricidad de la acción

71. Sobre el daño emergente, el acto antijurídico es la dilación del plazo de ejecución del Contrato derivado de la incorrecta formulación de soluciones sobre los dispositivos médicos y el consecuente rechazo y canje de los mismos que no tuvo sustento legal.
72. Sobre el lucro cesante, afirma que es la dilación injustificada en la realización del pago, a consecuencia de la incorrecta formulación de observaciones sobre los dispositivos médicos, que no tuvo sustento legal y, de que la Entidad no haya emitido la conformidad sobre la recepción de los bienes dentro de los plazos establecidos.
73. Sobre la pérdida de chance, indica que, al haberse difundido los resultados errados que emitió el INS, resulta flagrantemente transgresor del ordenamiento jurídico, en tanto que no cuentan con el sustento legal para haberse emitido y menos aún para mantenerse, máxime cuando la empresa ha puesto en conocimiento de PERÚ COMPRAS y el mismo INS las razones que evidencian los errores en los que incurrió.

Del factor de atribución

74. DIAGNÓSTICA PERUANA afirma que el daño generado fue motivado en omisión de la entidad contratante, además del actuar material de la entidad receptora, constatándose de esta forma el factor atributivo de responsabilidad.

Del nexo causal

75. Según DIAGNÓSTICA PERUANA, el daño ocasionado es originado por la conducta antijurídica de la Entidad, toda vez que, al no retractarse sobre las conclusiones erradas respecto de los dispositivos médicos, pese a tener conocimiento de los errores en los que había incurrido para arribar a dichas conclusiones, ha generado un menoscabo económico al Contratista, por las siguientes relaciones causa efecto:

- (i) Obligarla a mantener vigente la garantía de fiel cumplimiento por un plazo excesivamente mayor al requerido al que estaba previsto contractualmente.
- (ii) Por la demora excesiva e injustificada en la emisión de la conformidad y posterior realización del pago de las unidades entregadas en el segundo y tercer internamiento, así como la injustificada no devolución de las 65,100 unidades.
- (iii) El impacto que tuvieron los erróneos resultados emitidos por el

área usuaria sobre los dispositivos médicos en las ventas de la Contratista a otros clientes, que quedaron frustradas por dichos motivos.

Del daño

76. DIAGNÓSTICA PERUANA señala que el daño producido es de índole económico, pues, ha tenido que incurrir en costos adicionales para mantener vigente la garantía de fiel cumplimiento. Asimismo, ha perdido oportunidades de reinversión al pagar la Entidad más de 6 meses después de lo pactado. Además, asegura que se vieron afectadas sus ventas a consecuencia de los equívocos resultados de los ensayos realizados por el área usuaria, lo que le ocasionó daños económicos equivalentes a S/. 4,223,257.98 Soles.

Con relación a la Cuarta Pretensión Principal

77. DIAGNÓSTICA PERUANA hace referencia a lo establecido en el numeral 1 del artículo 73 del Decreto Legislativo N° 1071, señalando que toda vez que la Demanda será declarada fundada en todos sus extremos y, por ende, que la Entidad resultará vencida en el presente proceso arbitral en aplicación de la normativa indicada, corresponderá que el Árbitro Único condene a PERÚ COMPRAS al pago del íntegro de los costos y costas del proceso, el cual deberá comprender los honorarios del Árbitro, gastos administrativos de arbitraje, honorarios de abogados, así como los intereses legales generados hasta el momento de su liquidación y pago.

VII. DE LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA PRESENTADA POR LA ENTIDAD

78. Mediante escrito de fecha 28 de septiembre de 2021, PERU COMPRAS presentó su escrito de contestación de demanda arbitral, en el que además dedujo Excepción de Caducidad.

Excepción de Caducidad

79. PERÚ COMPRAS alega que todas las pretensiones formuladas por DIAGNÓSTICA PERUANA han sido promovidas con posterioridad al pago final del Contrato, efectuado el 15 de enero de 2021, es decir, fuera del plazo de caducidad que establece la LCE. Siendo que, de haberlas querido someter a arbitraje, debió iniciar una conciliación y/o arbitraje con fecha anterior al 15 de enero de 2021, lo que en el presente caso no ha ocurrido.
80. Asimismo, señala que tampoco se observa que alguna de las pretensiones planteadas por el Contratista está relacionada a lo señalado en el numeral 45.7 del artículo 45º de la LCE, por lo que ello da mayor evidencia de que las pretensiones sometidas a arbitraje están fuera del plazo de caducidad establecido en la LCE.

81. Con relación a la primera pretensión principal y su pretensión accesoria, agrega la Entidad que el 31 de diciembre de 2020 le fue notificado un correo electrónico al Contratista en el que se le informaba del cobro de una penalidad; sin embargo, DIAGNOSTICA PERUANA luego de recibir esta comunicación, no la cuestionó ni respondió el correo, sino que dejó trascurrir el plazo sin promover algún medio de solución de controversia, pese a que desde el momento en que recibió la comunicación electrónica tuvo conocimiento de la penalidad.
82. Luego de ello, sin tener ningún cuestionamiento de parte de DIAGNÓSTICA PERUANA, PERÚ COMPRAS afirma que procedió a realizar el pago final por las prestaciones del contrato el 15 de enero de 2021, siendo hasta esa fecha que pudo promover un arbitraje, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 45.6 del artículo 45º de la LCE.
83. Sostiene que lo mismo ocurre con lo relacionado con la segunda (y su pretensión subordinada), tercera y cuarta pretensión de la demanda, ya que estas debieron ser sometidas a arbitraje antes del pago final, es decir antes del 15 de enero de 2021.
84. Según indica PERÚ COMPRAS, de la documentación obrante se puede verificar que el pago final relacionado al Contratista por la segunda y tercera entrega del Contrato se realizó con fecha 15 de enero de 2021, conforme se puede apreciar de los Comprobantes de Pago N° 0107, 0108 y 0109. Sin embargo, señala que el Contratista presentó su solicitud de arbitraje el 30 de marzo de 2021, cuando ya había operado la caducidad.
85. Por tanto, solicita se declare fundada la excepción de caducidad deducida, y se declare nulo todo lo actuado y concluido el proceso.
86. En acto seguido, PERÚ COMPRAS procede a contestar la demanda aduciendo lo siguiente:

Sobre la entrega de los bienes y las observaciones advertidas

87. Respecto a la primera entrega, la Entidad indica que con fecha 3 de junio de 2020 fue realizada por el Contratista y consistió en 20,000 unidades, dentro del plazo establecido en la Orden de Compra, contando con la conformidad correspondiente y, efectuándose el pago el 18 de agosto de 2020.
88. Con relación a la segunda y tercera entrega, afirma que con Guía de Remisión N° 001-0053140 del 11 de junio de 2020, el Contratista entregó 102,000 unidades, correspondiente a la segunda entrega y, mediante Guía de Remisión N° 001-0053427 del 22 de junio de 2020 entregó 210,000 unidades de la tercera entrega. Sin embargo, afirma que el 22 de julio de 2020, PERÚ COMPRAS comunicó al Contratista, mediante Oficio N° 000354-2020-PERÚ COMPRAS-OA, que el INS a través del Oficio N° 1191- 2020- JEF/INS advirtió observaciones a los bienes entregados, como resultado de la verificación de kit de pruebas rápidas inmunocromatográficas, por lo que, se le solicitó el cambio de

lote relacionado a la segunda y tercera entrega en un plazo de dos (2) días hábiles.

89. Señala la Entidad que mediante Carta N° 041-2020-DPSAC-LEG del 24 de julio de 2020, el Contratista manifestó que no procedía el cambio, debido a que la verificación de las pruebas no se realizó de acuerdo a su oferta y las guías internacionales, así como directivas nacionales. En respuesta, indica PERÚ COMPRAS que mediante Oficio N° 1755-2020-JEF/INS del 20 de agosto de 2020, el INS señaló que no era procedente un nuevo reporte técnico, precisando que los bienes eran defectuosos por lo que solicitó requerir al Contratista el cambio de lotes de la segunda entrega, pedido reiterado con Oficio N° 1843-2020-JEF/INS del 28 de agosto de 2020.
90. De otro lado, la Entidad indica que mediante Oficio N° 000423-2020-PERÚ COMPRAS-OA del 18 de agosto de 2020, remitió al Contratista el Oficio N° 1653-2020- JEF/INS del 13 de agosto de 2020, requiriendo subsanar el lote de la tercera entrega. En atención a ello, mediante Carta N° 063-2020-DPSAC-LEG del 18 de agosto de 2020, el Contratista precisó que efectuó el cambio y solicitó su pago. Sin embargo, a través del Oficio N° 1857-2020-JEF/INS del 1 de setiembre de 2020, el INS precisó que los mencionados bienes se mantenían observados, reiterando el cambio de los mismos, lo cual fue comunicado al Contratista el 3 de setiembre de 2020 con el Oficio N° 446-2020-PERÚ COMPRAS-OA.
91. En virtud de lo anterior, asegura la Entidad que el Contratista se acercó a los almacenes de CENARES para realizar el cambio de lotes que había ingresado originalmente en la segunda entrega, no obstante, se le impidió el ingreso debido a que los bienes se encontraban observados por el INS.
92. Precisa PERÚ COMPRAS que mediante Oficio N° 462-2020-PERÚ COMPRAS-OA (Carta Notarial 115207) solicitó al Contratista el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, mientras que con las Cartas N° 070, 073 y 074-2020- DAPSAC-LEG del 9, 15 y 16 de setiembre de 2020, el Contratista indicó que en las evaluaciones del INS existían errores técnicos, lo cual impedía el ingreso de la segunda y tercera entrega.
93. Asegura la Entidad que mediante los Oficios N° 2229, 2248, 2358 y 2735-2020-JEF-OPE/INS, recibidos el 25 y 28 de setiembre, 2 y 10 de octubre de 2020, el INS señaló que los lotes 20200520WI5513C3, HZSZ20200514WI5513C-3, HZSZ20200503WI5513C-3 y HZGZ20200602WI5513C-3 de la segunda y tercera entrega no cumplían con lo solicitado, por lo que debían ser cambiados, bajo apercibimiento de resolver el Contrato. Además, por medio de los Oficios N° 513 y 608-2020-PERÚ COMPRAS-OA (Cartas Notariales 115532 y 115811) notificados notarialmente al Contratista el 7 de octubre y 4 de noviembre de 2020, respectivamente, se reiteró el cumplimiento de sus obligaciones.

94. Es mediante el Oficio N° 3371-2020-JEF-OPE/INS del 30 de diciembre de 2020 que PERÚ COMPRAS sostiene que el INS remitió la conformidad de los bienes relacionados a la segunda y tercera entrega, lo cuales contaban con penalidad por mora. En ese sentido, asegura que mediante correo electrónico de fecha 31 de diciembre de 2020, puso en conocimiento de DIAGNÓSTICA PERUANA la determinación de las penalidades, las cuales, al no ser cuestionadas, a consideración de PERÚ COMPRAS se encuentran consentidas.

Sobre la Primera Pretensión Principal y su Pretensión Accesoria

95. Al respecto, PERÚ COMPRAS hace mención al Informe N° 000064-2021- PERÚ COMPRAS-ECC emitido por la Oficina de Administración, en el que se señala que estas pretensiones se encuentran relacionadas a la aplicación de la penalidad por mora por la Segunda y Tercera Entrega del Contrato, las cuales fueron entregadas a la Entidad mediante Guías de Remisión N° 001-0053140 y N° 001-0053427, con fechas 11 y 22 de junio, conforme a las condiciones del plazo de ejecución establecidas en la Cláusula Quinta del Contrato.
96. Pese a ello, el referido informe indica que mediante Oficio N° 000354-2020-PERÚ COMPRAS-OA, notificado el 22 de julio de 2020, se trasladó la Nota Informativa N° 134-2020-EQ-PR-COVIDDEET-CNSP/ISN7, en la que se concluyó lo siguiente:
- (i) La sensibilidad diagnóstica para IgM fue 60% (IC 40.80%-79.20%) y la especificidad diagnóstica para IgG fue de 100% (IC 98.33%-100%) y la especificidad diagnóstica 93.33% (IC 98.33%-100%).
 - (ii) La especificidad analítica para anticuerpos IgM e IgG fue de 96% y 100% respectivamente.
 - (iii) Se observó reacción cruzada con muestras de suero positivo a dengue IgM+ y HTLV, para detección de anticuerpos de tipo IgM COVID-19. (...)
97. Por ello, se afirma que los bienes presentados como parte del Segundo y Tercer Entregable no cumplían con las condiciones de las especificaciones técnicas de las Bases Administrativas, situación que fue comunicada en un primer momento mediante Oficio N° 000354-2020-PERÚ COMPRAS-OA, el 22 de julio de 2020, solicitando a DIAGNÓSTICA PERUANA el cambio de los bienes internados en la Segunda y Tercera Entrega, hecho reiterado mediante Oficio N° 462-2020-PERÚ COMPRAS-OA, de fecha 14 de setiembre de 2020, y que fue objeto de apercibimiento mediante el Oficio N° 513-2020- PERÚ COMPRAS-OA, de fecha 7 de octubre de 2020. Asimismo, se precisa en el informe que las observaciones se mantuvieron y se hicieron saber al Contratista a través de múltiples documentos.
98. A ello se agrega que, la conducta del Contratista debe ser analizada de acuerdo a lo señalado por la doctrina de actos propios, toda vez que siempre aceptó las observaciones que el INS formulaba a su segundo y tercer entregable, realizando el cambio de sus bienes. Con relación a

la penalidad se señala además que no existió durante la ejecución contractual ningún justificante que permitiera advertir que la penalidad aplicada al Contratista no era su responsabilidad, por lo que su aplicación es válida.

99. De manera adicional a los argumentos señalados en el informe de la Oficina de Administración, la Entidad de manera adicional citó la Opinión N° 143-2019/DTN, que determina los alcances de la penalidad por mora.
100. Finalmente, con relación a estas pretensiones, PERÚ COMPRAS considera que la penalidad fue correctamente aplicada debido a que DIAGNÓSTICA PERUANA recién culminó la entrega de los bienes de la segunda y tercera entrega el 5 de noviembre de 2020 y el 23 de diciembre de 2021, respectivamente, cuando en su oportunidad le fueron requeridas mediante Oficio N° 000354-2020-PERÚ COMPRAS-OA, notificado el 22 de julio de 2020, en el que se le otorgó un plazo para cumplir con hacer la segunda y tercera entrega, conforme a las condiciones de las especificaciones técnicas, hasta el 24 de julio de 2020.

Sobre la Segunda Pretensión Principal y su Pretensión Subordinada

101. PERÚ COMPRAS nuevamente hace referencia al Informe N° 00064-2021-PERÚ COMPRAS - ECC de la Oficina de Administración, donde con relación a la Segunda Pretensión Principal y su pretensión subordinada, referente a la devolución de 65,100 unidades de dispositivos que fueran observados, se expresa que, conforme a la teoría de actos propios, el Contratista ha tenido una conducta contradictoria, debido a que durante la ejecución contractual no realizó ningún reclamo ni cuestionamiento.
102. Es así que la Entidad refiere que, las 65,100 determinaciones fueron entregadas por el Contratista sin observaciones y cuestionamientos, en señal de conformidad con lo solicitado por el INS, por lo que las pretensiones carecen de asidero factico y legal.

Respecto de la Tercera Pretensión Principal

103. PERÚ COMPRAS se remite nuevamente al Informe N° 000064-2021-PERU COMPRAS-ECC de la Oficina de Administración, en el que se sostiene que el Contratista no ha podido acreditar la ocurrencia del daño en el patrimonio o propiedad de la Empresa, puesto que solo presenta como medios probatorios cálculos hipotéticos de los costos que habría asumido, pero que, sin embargo, no evidencian una afectación económica a DIAGNÓSTICA PERUANA.
104. En similar sentido, se indica que, los reportes periodísticos y publicaciones que buscan acreditar un daño ocasionado no demuestran la cuantía precisa de un daño patrimonial ocasionado al Contratista por responsabilidad del INS.

105. Por último, se advierte que la cuantía del daño alegada por el Contratista sería de S/ 4,223,257.98 (Cuatro Millones Doscientos Veintitrés Mil Doscientos Cincuenta y Siete con 98/100 Soles); pero ninguno de los medios probatorios acredita la cuantía de un daño por el monto antes mencionado, ni tampoco se aprecia si dicha cuantía representa la sumatoria de los conceptos antes mencionados o incluye otros conceptos de distinta naturaleza.
106. En todo caso, PERÚ COMPRAS concluye indicando que el Contratista no acredita de manera fehaciente y documental el daño ocasionado a su patrimonio o propiedad, por lo tanto, no ha cumplido con verificar el cumplimiento del elemento de la responsabilidad civil.

Sobre la Cuarta Pretensión Principal

107. PERÚ COMPRAS hace referencia a lo establecido en el artículo 73º del Decreto Legislativo N° 1071, Ley General de Arbitraje. A partir de lo cual, indica que, siendo que los costos del arbitraje serán de cuenta de la parte vencida y teniendo en cuenta la improcedencia de la demanda interpuesta por el Contratista, corresponde se declare infundada la asunción de costos y costas por parte de PERÚ COMPRAS.

VIII. DE LA ABSOLUCIÓN A LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD

108. Mediante escrito presentado el 3 de noviembre de 2021, DIAGNÓSTICA PERUANA absuelve la excepción de caducidad deducida por la Entidad.
109. DIAGNÓSTICA PERUANA señala que en el numeral 45.5 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado se consigna un listado de aquellos supuestos en los cuales hay un plazo máximo de treinta (30) días hábiles para iniciar, por ejemplo, el arbitraje. Dicho listado, refiere esta parte, incluye los supuestos de: nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados y liquidación del contrato.
110. Así, expresa que siendo que la controversia versa sobre (i) indebida aplicación de la penalidad por mora, (ii) la devolución de los equipos que fueron canjeados por la empresa a pedido de la Entidad y, (iii) el pago de la indemnización por daños que se le generó a DIAGNÓSTICA, se verifica que ninguna de las pretensiones principales ni las vinculadas a éstas corresponden a los supuestos del numeral 45.5 del artículo 45 de la LCE, por lo que los medios de solución de controversias en estos casos deben activarse en cualquier momento anterior a la fecha del pago final.
111. En ese sentido, indica que, tratándose de la penalidad por mora, ésta se materializa precisamente a través de un descuento sobre el pago que se le aplica al Contratista, es decir, incide directamente en el pago de la prestación que se ha ejecutado, por lo que en la medida que exista controversia no puede considerarse que se ha efectuado el pago final, debido a que el mismo se encuentra controvertido.

112. Por tanto, en la medida que debe existir una correspondencia entre el pago que se pactó por la adquisición de bienes y lo realmente pagado por la Entidad, el Contratista asegura que en este caso no se ha verificado tal situación, por lo que considera que el pago realizado el 15 de enero de 2021 es un pago incompleto, que se está discutiendo en la presente vía en la que se solicita justamente que se le pague lo descontado.
113. Sin perjuicio de lo expuesto, agrega el Contratista con relación a que la penalidad le fue comunicada el 31 de diciembre de 2020, que entre esta fecha y el pago final, realizado el 15 de enero de 2021, hay un rango de quince (15) días calendario, entonces se pregunta si la Entidad está imponiendo un plazo que no establece la ley o cómo podía conocer cuánto tiempo iba demorar la Entidad en pagarle, por lo que indica que tal argumento no puede ser acogido, por lo que solicita declarar infundada la excepción.

IX. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

114. Mediante Orden Procesal N° 4 de fecha 10 de noviembre de 2021, el Árbitro Único dejó constancia que se pronunciaría sobre la excepción de caducidad deducida por la Entidad junto con las cuestiones relativas al fondo de la controversia. Además procedió a fijar como materias controvertidas, las siguientes:

- **Primera Pretensión Principal de la Demanda:** Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único declare la nulidad e ineeficacia del acto mediante el cual se ordenó la detracción de la suma de S/ 992,680.00 por concepto de penalidad por mora aplicada a DIAGNÓSTICA.
- **Pretensión Accesoria a la Primera Pretensión Principal de la Demanda:** Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a PERÚ COMPRAS efectuar el pago de la suma ascendente a S/ 992,680.00 a favor de DIAGNÓSTICA por indebida aplicación de penalidad por mora, más los intereses legales que se generen hasta la fecha efectiva del pago.
- **Segunda Pretensión Principal de la Demanda:** Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a PERÚ COMPRAS que, en caso confirme durante el proceso arbitral que cuenta en correcto estado de conservación y dentro de su vida útil con 65,100 unidades de dispositivos que fueron observados, proceda con la devolución de los mismos, los cuales fueron reemplazados con la entrega del 23 de diciembre de 2020, en atención al canje dispuesto por la Entidad.
- **Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal de la Demanda:** De no ampararse la segunda pretensión principal, determinar si corresponde o no que el Árbitro Único reconozca como concepto indemnizatorio a favor

de DIAGNÓSTICA la suma de S/ 1'946,490.00 o el justiprecio que se determine en el proceso arbitral, por el valor de 65,100 unidades de dispositivos mencionados en la Segunda Pretensión Principal.

- **Tercera Pretensión Principal de la Demanda:** Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a PERÚ COMPRAS realizar el pago de una indemnización por daño emergente (incluida la pérdida de la chance) a favor de DIAGNÓSTICA, a consecuencia de la afectación que le generó la publicación del rechazo, por parte de PERÚ COMPRAS y el INS, de los dispositivos médicos entregados como parte del contrato.
 - **Cuarta Pretensión Principal de la Demanda:** Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a PERÚ COMPRAS el pago de las costas y costos del presente arbitraje.
115. En la misma Orden Procesal N° 4, el Árbitro Único admitió las pruebas documentales ofrecidas por DIAGNÓSTICA PERUANA en el acápite "82. Medios Probatorios" del escrito de demanda de fecha 31 de agosto de 2021, así como las pruebas documentales ofrecidas por PERÚ COMPRAS en el acápite "II Medios Probatorios" del escrito de contestación de demanda de fecha 28 de septiembre de 2021, subsanado el 5 de octubre de 2021. De otro lado, se citó a las partes a la Audiencia Única.
- ## X. ACTUACIONES ARBITRALES Y PLAZO PARA LAUDAR
116. Con fecha 11 de noviembre de 2021, se llevó a cabo la Audiencia Única, en la que las partes expusieron los argumentos que amparan su posición. En ese acto, el Árbitro Único precisó a las partes que, de conformidad con el calendario procesal, el plazo para la presentación de los escritos posteriores a la audiencia tendría como fecha de vencimiento, el 25 de noviembre de 2021.
117. Mediante Orden Procesal N° 5 de fecha 25 de enero de 2022, se dejó constancia de que, con fecha 25 de noviembre de 2021, DIAGNÓSTICA PERUANA presentó dos escritos, en los cuales (i) señaló precisiones adicionales a la excepción de caducidad deducida por la Entidad y, (ii) presentó sus conclusiones finales. En ese sentido, se corrió traslado de los escritos a PERÚ COMPRAS, por el plazo de cinco (5) días, a efectos de que manifieste lo conveniente a su derecho. A su vez, se dejó constancia que PERÚ COMPRAS no presentó sus alegatos y conclusiones finales.
118. Mediante Orden Procesal N° 6 de fecha 16 de febrero de 2022, se dejó constancia de que PERÚ COMPRAS absolvió el traslado de la Orden Procesal N° 5, mediante escrito de fecha 1 de febrero de 2022. De otro lado, el Árbitro Único declaró el cierre de las actuaciones y fijó el plazo para laudar en cincuenta (50) días hábiles, contados a partir del día siguiente de notificadas las partes con la mencionada Orden Procesal.

119. El 24 de marzo de 2022, DIAGNÓSTICA PERUANA presentó un escrito cuestionando lo alegado en el escrito presentado por Perú Compras el 1 de febrero de 2022. Al respecto, mediante la Orden Procesal N° 7, emitida el 6 de abril de 2022, el Árbitro Único resolvió tener por no presentado el escrito de DIAGNÓSTICA PERUANA de fecha 24 de marzo de 2022, conforme con lo dispuesto en el artículo 32(2) del Reglamento de Arbitraje del Centro y por haber precluido el derecho de dicha parte de objetar y/o pronunciarse sobre lo alegado por su contraparte.
120. El 20 de abril de 2022, DIAGNÓSTICA PERUANA presentó un escrito bajo sumilla: "Téngase presente respecto de excepción de caducidad". Al respecto, mediante la Orden Procesal N° 8, emitida el 21 de abril de 2022, el Árbitro Único resolvió tener por no presentado el escrito de DIAGNÓSTICA PERUANA de fecha 20 de abril de 2022, conforme con lo dispuesto en el artículo 32(2) del Reglamento de Arbitraje del Centro.

XI. ASPECTOS PRELIMINARES

121. El Árbitro Único señala que resolverá la presente controversia a partir de los medios probatorios ofrecidos y admitidos, merituando todas las pruebas actuadas, aun cuando estas no sean mencionadas en forma expresa, analizando lo que se ha pretendido demostrar con cada una de dichas pruebas otorgándole un valor probatorio, verificando si respaldan los hechos y pretensiones descritos por las partes.
122. En este estado, el Árbitro Único, antes de analizar las materias controvertidas, procede a confirmar los siguientes aspectos:
 - El Árbitro Único se constituyó con arreglo a la ley y conforme con las reglas al que las partes se sometieron incondicionalmente.
 - En el proceso arbitral no se produjo recusación alguna contra el Árbitro Único.
 - Las partes presentaron su demanda y contestación de la demanda, dentro de los plazos establecidos.
 - Las partes han tenido la facultad y el ejercicio pleno a su derecho de defensa, así como la oportunidad para ofrecer y actuar sus medios probatorios y para participar en audiencia.
 - El Árbitro Único ha procedido a laudar dentro de los plazos legales y acordados con las partes durante el proceso arbitral.

XII. DE LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD

123. Mediante la Orden Procesal N° 4 de fecha 10 de noviembre de 2021, el Árbitro Único, en virtud de la facultad conferida por el Reglamento

de Arbitraje, dispuso resolver y pronunciarse sobre la excepción de caducidad deducida por PERÚ COMPRAS, en el Laudo Arbitral definitivo. Por tanto, corresponde al Árbitro Único realizar el análisis correspondiente.

124. Al respecto, el Árbitro Único se reserva el derecho de efectuar el análisis en el orden que estime pertinente a fin de determinar si corresponde o no estimar la excepción de caducidad.
125. Mediante escrito de fecha 28 de setiembre de 2021, PERÚ COMPRAS presentó una excepción de caducidad en conjunto con su contestación de demanda, en los términos que se resumen a continuación.
126. PERÚ COMPRAS sostiene que, en este caso se ha configurado un supuesto de excepción de caducidad correspondiente a todas las pretensiones que se formulan en la demanda arbitral, puesto que, han sido presentadas con posterioridad a la fecha del pago final. Al respecto, PERÚ COMPRAS expresa lo siguiente¹:

En el caso concreto, todas las pretensiones que pretende promover en arbitraje DIAGNÓSTICA PERUANA, han sido promovidas con posterioridad al pago final del Contrato N° 025-2020- PERÚ COMPRAS/GG-OA, derivado de la Orden de Compra N° 086-2020, efectuado el 15 de enero de 2021, es decir, fuera del plazo de caducidad que establece la LCE, siendo que de haberlas querido someter a arbitraje, debió iniciar una conciliación y/o arbitraje con fecha anterior al 15 de enero de 2021, lo que en el presente caso no ha ocurrido.

127. Asimismo, precisa que ninguna de las pretensiones se enmarca en lo establecido en el numeral 45.7 del artículo 45 de la LCE, por lo que, se evidencia que han sido sometidas a arbitraje fuera del plazo de caducidad correspondiente. Al respecto, PERÚ COMPRAS expresa lo siguiente²:

Asimismo, tampoco se observa que alguna de las pretensiones planteadas por el Contratista está relacionada a lo señalado en el numeral 45.7 del artículo 45º de la LCE, por lo que ello da mayor evidencia de que las pretensiones sometidas a arbitraje están fuera del plazo de caducidad establecido en la LCE.

128. Por su parte, DIAGNÓSTICA PERUANA al absolver la excepción sostiene lo siguiente:³

¹ Numeral 2.5 del escrito de fecha 28 de setiembre de 2021, presentado por PERÚ COMPRAS.

² Numeral 2.6 del escrito de fecha 28 de setiembre de 2021, presentado por PERÚ COMPRAS.

³ Literal c) del numeral 3 del escrito con sumilla "Absolvemos excepción de caducidad" presentado por DIAGNÓSTICA PERUANA, presentado el 3 de noviembre de 2021.

c. En ese sentido, siendo que la controversia materia del arbitraje versa sobre (i) la indebida aplicación de la penalidad por mora, (ii) la devolución de los equipos que fueron canjeados por nuestra empresa a pedido de la Entidad y (iii) el pago de la indemnización por daños que se le generó a DIAGNÓSTICA, se verifica que ninguna de las pretensiones principales ni las que se encuentran vinculadas a estas corresponden a los supuestos que contempla el numeral 45.5 del artículo 45° de la Ley; por lo que, los medios de solución de controversias a fin de dirimir dichos casos deben activarse **en cualquier momento anterior a la fecha del pago final**.

129. Sumado a ello, precisa lo que se detalla a continuación:⁴

d. Pues bien, tal como hemos mencionado en el párrafo previo, la controversia materia del arbitraje versa -entre otros- sobre la **indebida aplicación de la penalidad por mora**. Pero ¿cómo se materializa la penalidad por mora? La penalidad por mora se materializa, precisamente, mediante un **descuento sobre el pago** que se le aplica al contratista por un retraso en la ejecución de sus prestaciones. Es decir, la penalidad por mora es un concepto que evidentemente incide directamente en el **pago** de la prestación que ha ejecutado el contratista; por lo que, en la medida que exista una controversia sobre la aplicación de una penalidad, que repercute en el pago al contratista, **no puede considerarse que se ha efectuado el pago final**, porque el mismo se encuentra controvertido.

130. En ese sentido, indica DIAGNÓSTICA PERUANA, lo que se encuentra en discusión en el presente proceso es que el pago no se ha realizado a cabalidad, debido a que PERÚ COMPRAS ha efectuado una deducción incorrecta sobre el mismo al aplicar indebidamente una penalidad por mora. Por lo que, el demandante concluye que resulta carente de sustento fáctico y legal afirmar que se ha efectuado el pago final⁵.

131. Finalmente, DIAGNÓSTICA PERUANA se pronuncia con relación al argumento desarrollado por la Entidad, respecto al hecho que la penalidad le fue comunicada con anterioridad al pago. El demandante señala lo siguiente⁶:

⁴ Literal d) del numeral 3 del escrito con sumilla "Absolvemos excepción de caducidad" presentado por DIAGNÓSTICA PERUANA, el 3 de noviembre de 2021.

⁵ Literal e) del numeral 3 del escrito con sumilla "Absolvemos excepción de caducidad" presentado por DIAGNÓSTICA PERUANA, el 3 de noviembre de 2021.

⁶ Literal h) del numeral 3 del escrito con sumilla "Absolvemos excepción de caducidad" presentado por DIAGNÓSTICA PERUANA, el 3 de noviembre de 2021.

h. Sin perjuicio de lo expuesto en los párrafos precedentes, a partir de lo cual el requerimiento de la Entidad deberá ser declarado INFUNDADO, otro extremo de las afirmaciones de la demandada que demuestra que su posición carece de sustento radica en que, en el numeral 2.7 de su escrito señala que la aplicación de la penalidad por mora se nos comunicó el 31 de diciembre del 2020 y la realización del "pago" la efectuó el 15 de enero del 2021, por lo que, según la demandada, DIAGNÓSTICA debió promover el arbitraje hasta dicha fecha. Entre la comunicación de la aplicación de la penalidad y la realización del "pago" hay un rango de quince (15) días calendario, entonces ¿la demandada nos impone un plazo perentorio que no establece la Ley? ¿cómo podría el contratista saber cuánto demoraría en pagar la Entidad? ¿qué habría ocurrido si pagaba al día siguiente de comunicar la aplicación de la penalidad? ¿no existía plazo para dar inicio al arbitraje? Evidentemente lo manifestado por la Entidad resulta ilógico y no corresponde que sea acogido por vuestro Tribunal.

Sobre la caducidad y su regulación en la normativa de contrataciones del Estado

132. En el ámbito de las contrataciones del Estado, la figura de la caducidad se encuentra regulada en diversos artículos del TUO de la LCE y el RLCE.
133. Así, se advierte que el TUO de la LCE dispone en su artículo 45, lo siguiente:

"Artículo 45. medios de solución de controversias de la ejecución contractual

45.1 Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven, mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. En el reglamento se definen los supuestos para recurrir al arbitraje Ad hoc. Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.

(...)

45.5 Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato, se debe iniciar el respectivo medio de solución de controversias dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento.

45.6 En supuestos diferentes a los mencionados en el párrafo

anterior, los medios de solución de controversias previstos en este artículo deben ser iniciados por la parte interesada en cualquier momento anterior a la fecha del pago final.

45.7 Luego del pago final, las controversias solo pueden estar referidas a vicios ocultos en bienes, servicios u obras y a las obligaciones previstas en el contrato que deban cumplirse con posterioridad al pago final. En estos casos, el medio de solución de controversias se debe iniciar dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento.

(...)

45.9 Todos los plazos señalados en los numerales precedentes son de caducidad.

(...)"

134. Sumado a ello, el RLCE establece en su artículo 225, lo siguiente:

"Artículo 225. Arbitraje

225.1. Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje dentro del plazo de caducidad correspondiente. El arbitraje es nacional y de derecho.

(...)"

135. De acuerdo con lo previsto en el TUO de la LCE y el RLCE, se advierte que el legislador ha establecido una serie de plazos de caducidad aplicables a las controversias derivadas de la ejecución contractual en el ámbito de las contrataciones del Estado.
136. Para tal efecto, se han establecido, principalmente, dos tipos de plazos de caducidad. Por un lado, el plazo de caducidad especial de treinta (30) días hábiles aplicables solo a aquellos supuestos previstos de manera taxativa en la norma como, la nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, entre otros; y, por otro lado, está el plazo de caducidad de carácter general aplicable a supuestos distintos a los establecidos de manera taxativa. En estos casos, la normativa prevé que el inicio del medio de solución de controversias debe realizarse hasta antes de la fecha del pago final.
137. Ahora bien, puesto que PERÚ COMPRAS ha planteado una excepción de caducidad respecto de todas las pretensiones contenidas en la Demanda, en lo que sigue, el Árbitro Único realizará el análisis correspondiente a fin de determinar si corresponde o no estimar la excepción de caducidad en cada caso en concreto.

138. Respecto de las consecuencias jurídicas de la caducidad, el artículo 2003 del Código Civil dispone que la caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente. En palabras de Roger Merino, la caducidad “(...) se configura por el mero transcurso del plazo establecido expresamente por una norma imperativa, y tiene como efecto la extinción de situaciones jurídicas sustanciales.” ⁷.
139. La doctrina reconoce además que la existencia de la caducidad encuentra su justificación en la necesidad de eliminar situaciones de inseguridad jurídica⁸. Por lo que, la caducidad no protege ni concede derechos subjetivos, sino que apunta a la protección de un interés general⁹. Adicionalmente, los plazos de caducidad se sustentan en el orden público –de ahí su absoluta imperatividad–, son fijados por Ley sin admitir pacto en contrario (artículo 2004 del Código Civil).
140. En efecto, la caducidad es una figura jurídica sobre la que no se puede disponer bajo ninguna forma y no puede ser objeto de renuncia.

Sobre la Primera Pretensión Principal de la Demanda y su Pretensión Accesoria

141. La Primera Pretensión Principal de la Demanda y la Pretensión Accesoria a la Primera Pretensión Principal de la Demanda han sido planteadas por DIAGNÓSTICA PERUANA de acuerdo a los siguientes términos:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único declare la nulidad e ineficacia del acto mediante el cual se ordenó la detracción de la suma de S/ 992,680.00 por concepto de penalidad por mora aplicada a DIAGNÓSTICA.

PRETENSION ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL: Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a PERÚ COMPRAS efectuar el pago de la suma ascendente a S/ 992,680.00 a favor de DIAGNÓSTICA por indebida aplicación de penalidad por mora, más los intereses legales que se generen hasta la fecha efectiva del pago.

142. Conforme con los términos expuestos, puede colegirse que, mediante la Primera Pretensión Principal de la Demanda, DIAGNÓSTICA PERUANA ha sometido a arbitraje y a decisión del Árbitro Único, la controversia derivada de la aplicación de una penalidad por mora ascendente a S/ 992,680.00 (Novecientos noventa y dos mil seiscientos ochenta con 00/100 soles), la cual, conforme a los hechos

⁷ MERINO ACUÑA, Roger. Algunos apuntes en torno a la prescripción extintiva y la caducidad. Revista Diálogo con la Jurisprudencia, No. 104, 2007. Pp. 25.

⁸ CASTILLO, Mario; SABROSO, Rita; CASTRO, Laura y CHIPANA, Jhoel. Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral. Advocatus, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, No. 030. 2014. Pp. 298.

⁹ JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. Apuntes sobre la caducidad y la seguridad jurídica. Forseti, Revista de Derecho, No. 10, 2019. Pp. 45.

expuestos por esta parte, fue deducida del último pago efectuado por PERÚ COMPRAS con fecha 15 de enero de 2021. En la Pretensión Accesoria a la Primera Pretensión Principal de la Demanda, DIAGNÓSTICA PERUANA solicita el pago de una suma ascendente a S/ 992,680.00 por indebida aplicación de penalidad por mora.

143. Lo anterior, no solo se desprende de los términos de la Primera Pretensión Principal y su Pretensión Accesoria, sino también que, de la revisión del escrito de Demanda, se aprecia que los fundamentos expuestos por el Contratista en virtud de la Primera Pretensión Principal están orientados a cuestionar la penalidad aplicada por PERÚ COMPRAS con relación a la segunda y tercera entrega de los bienes objeto del Contrato¹⁰, tal como se detalla a continuación:

41. En conclusión, al no haber incurrido nuestra empresa en retraso injustificado en la entrega de los bienes objeto de contratación correspondientes a la segunda y tercera entrega, resulta contrario a la normativa aplicable a las contrataciones del Estado que le aplique penalidad por mora alguna. Por lo que, la penalidad por mora que ha aplicado incorrecta e injustamente la Entidad debe dejarse sin efecto, declarándose FUNDADA nuestra primera pretensión principal.

144. Sumado a ello, en su escrito de absolución de la excepción de caducidad, DIAGNÓSTICA PERUANA precisa que la controversia del presente arbitraje versa sobre la indebida aplicación de la penalidad por mora, la devolución de los equipos que fueron canjeados y el pago de la indemnización por daños, como se muestra a continuación¹¹:

c. En ese sentido, siendo que la controversia materia del arbitraje versa sobre (i) la indebida aplicación de la penalidad por mora, (ii) la devolución de los equipos que fueron canjeados por nuestra empresa a pedido de la Entidad y (iii) el pago de la indemnización por daños que se le generó a DIAGNÓSTICA, se verifica que ninguna de las pretensiones principales ni las que se encuentran vinculadas a estas corresponden a los supuestos que contempla el numeral 45.5 del artículo 45° de la Ley; por lo que, los medios de solución de controversias a fin de dirimir dichos casos deben activarse **en cualquier momento anterior a la fecha del pago final**.

145. En este punto, es preciso resaltar que, de manera adicional, DIAGNÓSTICA PERUANA sostuvo en su escrito de absolución de la excepción de caducidad, lo siguiente¹²: (El énfasis es agregado)

¹⁰ Numeral 41 del escrito de Demanda presentado por DIAGNÓSTICA PERUANA, de fecha 31 de agosto de 2021.

¹¹ Literal c) del numeral 3 del escrito con sumilla "Absolvemos excepción de caducidad" presentada por DIAGNÓSTICA PERUANA, el 3 de noviembre de 2021.

¹² Literales d) y e) del numeral 3 del escrito con sumilla "Absolvemos excepción de caducidad"

d. Pues bien, tal como hemos mencionado en el párrafo previo, la controversia materia del arbitraje versa -entre otros- sobre la indebida aplicación de la penalidad por mora. Pero ¿cómo se materializa la penalidad por mora? La penalidad por mora se materializa, precisamente, mediante un descuento sobre el pago que se le aplica al contratista por un retraso en la ejecución de sus prestaciones. Es decir, la penalidad por mora es un concepto que evidentemente incide directamente en el pago de la prestación que ha ejecutado el contratista; por lo que, en la medida que exista una controversia sobre la aplicación de una penalidad, que repercuta en el pago al contratista, no puede considerarse que se ha efectuado el pago final, porque el mismo se encuentra controvertido.

e. En ese sentido, siendo que, finalmente, lo que se encuentra en discusión en el presente proceso es que el pago no se ha realizado a cabalidad, debido a que la Entidad ha efectuado una deducción incorrecta sobre el mismo al aplicar indebidamente una penalidad por mora, resulta carente de sustento fáctico y legal afirmar que se ha efectuado el pago final.

146. Lo mencionado anteriormente, entonces, reafirma el hecho que a consideración de DIAGNÓSTICA PERUANA, el tema en discusión obedece a una incorrecta deducción por concepto de penalidades en el pago final, lo que habría derivado a que, en palabras de esta parte, el pago no haya sido realizado a cabalidad.
147. Siendo esto así y, toda vez que se ha dejado en claro que la cuestión controvertida referida a la Primera Pretensión Principal de la Demanda está dirigida a cuestionar la aplicación de penalidades, corresponde verificar si con relación a esta materia en controversia ha operado la caducidad, de acuerdo con lo previsto en la normativa aplicable.
148. Conforme se indicó antes, la normativa de contrataciones del Estado establece dos tipos de plazos de caducidad. Por un lado, está el plazo de caducidad especial de treinta (30) días hábiles aplicables a supuestos determinados expresamente en la norma y que refieren a controversias derivadas de la nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados y liquidación del contrato¹³; y, por otro lado, está el plazo de caducidad general aplicable a supuestos distintos a aquellos establecidos de manera taxativa. Es en este último supuesto que la normativa prevé que el inicio del medio de solución de controversias debe realizarse hasta antes de la fecha del

presentada por DIAGNÓSTICA PERUNA, el 3 de noviembre de 2021.

¹³ “45.5 Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato, se debe iniciar el respectivo medio de solución de controversias dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento.”

pago final.

149. En el caso que nos ocupa, de acuerdo con el TUO de la LCE, las controversias derivadas de la aplicación penalidades no se encuentran comprendidas dentro de los supuestos contemplados de manera expresa para el plazo de caducidad especial de treinta días (30) hábiles, razón por la cual, resulta aplicable, entonces, el plazo de caducidad general, que refiere a todas las demás controversias.
150. De los escritos y medios de prueba aportados por las partes, se tiene que, con fecha 31 de diciembre de 2020, PERÚ COMPRAS comunicó, vía correo electrónico¹⁴, la aplicación y el cobro de una penalidad por mora equivalente a la suma de S/ 992,680.00 (novecientos noventa y dos mil seiscientos ochenta con 00/100 soles) relacionada a la segunda y tercera entrega de los bienes objeto del Contrato. A mayor detalle, se muestra las primeras líneas del correo electrónico remitido al Contratista que fuera ofrecido por esta misma parte en su escrito de demanda (Anexo A-32) y de las que puede observarse lo afirmado anteriormente:

----- Forwarded message -----

De: Elizabeth Miriam Rojas Luqueños <ca41@perucompras.gob.pe>
Date: jue, 31 dic 2020 a las 8:20
Subject: Orden de Compra 086-2020 (Entrega 2 y 3) - Cobro de Penalidad
To: iaclynullen@diagnosticaperuana.com.pe, Cesar Jesus Peceros Quesada <cesarpeceros@diagnosticaperuana.com.pe>
Cc: Helen Milen Yen Chia <helen.yen@perucompras.gob.pe>, Ingrid Zarela Pierrend Alvarez <ingrid.pierrend@perucompras.gob.pe>, Javier Jesus Pariona Espinoza <ja41@perucompras.gob.pe>, Lina Fiorella Scattolon Ortega <lina.scattolon@perucompras.gob.pe>

Estimados Señores DIAGNÓSTICA PERUANA S.A.C

En relación a la segunda y tercera entrega de bienes de la OC 086-2020 "ADQUISICIÓN DE MEDIO DE TRANSPORTE VIRAL X 3ML PARA LA DETECCIÓN MOLECULAR DEL VIRUS SARS-COV-2(COVID-19)", hacemos de su conocimiento que, de acuerdo a lo estipulado en el numeral 162.1 del artículo n.º 162 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado vigente, "En caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso. (...)", se procederá a realizar el cobro de penalidad de acuerdo al siguiente detalle:

1

Segunda y tercera entrega:

Monto de penalidad: S/ 992,680.00 (Novecientos noventa y dos mil seiscientos ochenta con 00/100 soles) debido a que la acumulación de penalidad llegó al monto máximo del 10%

151. En virtud de lo anterior y conforme a la normativa de contrataciones

¹⁴ Anexo A-32 del escrito de Demanda presentado por DIAGNÓSTICA PERU, de fecha 31 de agosto de 2021.

del Estado, el Árbitro Único considera que correspondía a DIAGNÓSTICA PERUANA iniciar alguno de los medios de solución de controversias previstos en la norma, hasta antes de la fecha del pago final, a fin de cuestionar la aplicación y el cobro de la mencionada penalidad por mora.

152. Ahora, si bien se ha dejado en claro que la controversia se sustenta en la aplicación de la penalidad, no puede dejarse de lado que, como parte de sus argumentos en respuesta a la excepción de caducidad deducida por su contraria, DIAGNÓSTICA PERUANA ha indicado que lo que se está discutiendo es que el pago no se ha realizado a cabalidad y, por tanto, no se ha configurado el pago final. Sin embargo, cabe precisar que tal afirmación surge justamente a partir de que, DIAGNÓSTICA PERUANA cuestiona que PERU COMPRAS haya aplicado una penalidad por mora, como manifiesta en sus escritos. Al respecto, incluso la Primera Pretensión Principal de la Demanda señala expresamente que: "Se declare la nulidad e ineficacia del acto mediante el cual se ordenó la detracción de la suma de S/ 992,680.00 (Novecientos noventa y dos mil seiscientos ochenta con 00/100 Soles) **por concepto de penalidad por mora aplicada a DIAGNÓSTICA**"¹⁵, y la Pretensión Accesoria a la Primera Pretensión Principal de la Demanda señala expresamente que: "Se ordene a PERÚ COMPRAS efectuar el pago de la suma ascendente a S/ 992,680.00 (Novecientos noventa y dos mil seiscientos ochenta con 00/100 Soles) a favor de DIAGNÓSTICA **por indebida aplicación de penalidad por mora**, más los intereses legales que se generen hasta la fecha efectiva de pago"¹⁶. Es decir, dichas pretensiones tienen como sustento el cuestionamiento a la aplicación de la penalidad por mora informada con anterioridad a la fecha del pago final. Por lo que, al controvertir la detracción efectuada por PERÚ COMPRAS, lo que DIAGNÓSTICA PERUANA está cuestionando, finalmente, es la aplicación de la penalidad por mora, pues el sustento de dichas pretensiones es, precisamente, la aplicación de la referida penalidad.
153. A mayor abundamiento, el Árbitro Único comprende que la normativa de contrataciones con el Estado impide que aspectos generados durante la ejecución del contrato (por ejemplo, la aplicación de penalidades informadas con anterioridad a la fecha del pago final) puedan ser controvertidos después del hito previsto por la norma (fecha de pago final). Cada controversia tiene su horizonte máximo de discusión, dentro de plazos ineludibles establecidos por la normativa aplicable, a efecto de no generar plazos indeterminados o abiertos para su debate y dilucidación. Interpretar que en un contrato no puede existir "pago final" por el hecho de que existan controversias sobre la aplicación de penalidades que, informadas con anterioridad a la fecha del pago final, incidan en los pagos a cargo de la Entidad, implicaría eludir la caducidad prevista por la norma.
154. Por otro lado, cabe agregar que DIAGNÓSTICA PERUANA ha hecho

¹⁵ Énfasis añadido.

¹⁶ Énfasis añadido.

referencia a la Opinión N° 137-2017/DTN, pues, según indica, mediante esta Opinión, el OSCE precisa que puede generarse una controversia cuando la entidad ha aplicado y deducido determinadas penalidades del pago final. Así, esta Opinión expresa que, cuando exista disconformidad, desacuerdo o controversia respecto del cumplimiento efectivo del pago final, el contratista queda habilitado para activar los mecanismos de solución de controversias, precisamente porque, al existir un desacuerdo, no puede considerarse que se ha realizado de manera efectiva el pago final¹⁷.

155. Con relación a lo indicado por DIAGNÓSTICA PERUANA, debe partirse de considerar que la Opinión N° 137-2017/DTN, ha sido emitida bajo los alcances de la Ley de Contrataciones del Estado aprobada mediante el Decreto Legislativo N° 1017, y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N°184-2008-EF, normativa que se encuentra derogada y que no resulta aplicable al presente arbitraje.
156. Por otro lado, la interpretación brindada por DIAGNÓSTICA PERUANA difiere del verdadero alcance de la referida Opinión. Así, debe dejarse en claro que la Opinión N° 137-2017/DTN, en efecto, analiza el supuesto bajo el cual un contratista puede recurrir a algún mecanismo de solución de controversias a fin de discutir las diferencias derivadas del pago final cuando éste no ha sido realizado a entera satisfacción del contratista debido a alguna deducción por penalidades:

En esa medida, una vez emitida la conformidad de la última –o única– prestación, correspondía que la Entidad efectuara el **pago final** al contratista, con lo que se tenían por cumplidas las obligaciones de ambas partes.

No obstante, podía ocurrir que, al momento de efectuar el pago final, la Entidad haya aplicado y deducido determinadas penalidades al contratista, pudiendo generarse a partir de ello una controversia entre las partes.

Llegado a este punto del análisis, resulta oportuno señalar que si bien el artículo 42 de la anterior Ley disponía que los contratos de servicios culminaban con el pago respectivo, lo cual podía dar a entender que luego de efectuado éste no había lugar a reclamación; debe considerarse que en el escenario planteado la contraprestación a cargo de la Entidad (el pago) no había sido efectuada a **entera satisfacción** del contratista, por lo que no se podría hablar de un cumplimiento total de sus obligaciones, resultando razonable que de suscitarse alguna controversia relacionada a dicho pago, ésta pueda ser sometida a los mecanismos de solución de controversias previstos en la anterior normativa.

Siguiendo este razonamiento, el artículo 52 de la anterior Ley establecía en su numeral 52.1 que “*Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes.*”. A su vez, el numeral 52.2 del artículo en mención señalaba que “*(...) Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato y pago, se debe iniciar el respectivo procedimiento dentro del plazo de quince (15) días hábiles conforme lo señalado en el reglamento. (...)*” (El resaltado es agregado).

¹⁷ Numeral 9 del escrito con sumilla “Absolvemos excepción de caducidad” de fecha 22 de noviembre de 2021.

157. No obstante, debe tenerse en consideración que el criterio expuesto por la citada Opinión del OSCE fue emitido en virtud de una consulta planteada bajo los siguientes términos:

2.1 "En el marco del Decreto N° 1017 y Decreto Supremo N° 184-2008-EF, en contratos de servicios, cuando la Entidad efectúa el último pago y recién ahí el proveedor toma conocimiento que le han aplicado penalidades: (...) ¿Qué mecanismos existen para formular cuestionamientos a dichas penalidades?" (sic).

158. Como se puede advertir, el supuesto bajo el cual el OSCE ha establecido el mencionado criterio, hace referencia a una situación en la cual el Contratista toma conocimiento de la aplicación y el cobro de las penalidades, **recién** cuando la entidad realiza el pago final. Es decir, que, para dicho supuesto, hasta la fecha del último pago, el contratista no tuvo conocimiento de la aplicación de penalidades por parte de la entidad.
159. En el caso que nos ocupa, se advierte que no se configura el supuesto analizado en la Opinión antes indicada, por el contrario, la comunicación de aplicación de penalidades y la fecha del último pago, se dieron en oportunidades distintas. Así, se tiene que, con fecha 31 de diciembre de 2020, DIAGNÓSTICA PERUANA tomó conocimiento de la aplicación de las penalidades por mora -conforme medio de prueba que presentara esta misma parte-, mientras que, con fecha 15 de enero de 2021, PERÚ COMPRAS realizó el último pago.
160. A partir de lo indicado, el Árbitro Único no coincide con lo manifestado por DIAGNÓSTICA PERUANA con relación a considerar que no se ha realizado el pago final, sino que este en estricto se realizó, sino que aplicando el descuento por las penalidades informadas por la Entidad con anterioridad. Por tanto, conforme con lo establecido en el TUO de la LCE y, a criterio del Árbitro Único, DIAGNÓSTICA PERUANA no inició algún mecanismo de solución de controversias dentro del plazo de caducidad previsto por ley, es decir, con anterioridad al 15 de enero de 2021, que fue la fecha del pago final.
161. Bajo esa línea, dado que DIAGNÓSTICA PERUANA presentó su solicitud de arbitraje mediante escrito de fecha 24 de marzo de 2021, es decir fuera del plazo de caducidad establecido en la normativa, corresponde declarar que la caducidad ha operado en este caso en concreto, respecto de la Primera Pretensión Principal y su pretensión accesoria.
162. En virtud de lo expuesto, el Árbitro Único resuelve DECLARAR FUNDADA la excepción de caducidad respecto de la Primera Pretensión Principal de la Demanda y de la Pretensión Accesoria a la Primera Pretensión Principal.

Sobre la Segunda Pretensión Principal de la Demanda y su Pretensión Subordinada

163. La Segunda Pretensión Principal y su Pretensión Subordinada han sido

planteadas de la siguiente manera:

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a PERÚ COMPRAS que, en caso confirme durante el proceso arbitral que cuenta en correcto estado de conservación y dentro de su vida útil con 65,100 unidades de dispositivos que fueron observados, proceda con la devolución de los mismos, los cuales fueron reemplazados con la entrega del 23 de diciembre de 2020, en atención al canje dispuesto por la Entidad.

PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: De no ampararse la pretensión contenida en el numeral 9.2, determinar si corresponde o no que el Árbitro Único reconozca como concepto indemnizatorio a favor de DIAGNÓSTICA la suma de S/ 1'946,490.00 o el justiprecio que se determine en el proceso arbitral, por el valor de 65,100 unidades de dispositivos mencionados en la SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL.

164. Según sostiene DIAGNÓSTICA PERUANA, a fin de evitar que la ejecución continúe dilatándose, procedió a efectuar la entrega de los bienes, requerido mediante Oficio N° 608-2020-PERU COMPRAS-OA¹⁸. Así, señala, internó en condición de canje 225, 500 unidades de dispositivos. No obstante, el personal del INS y CENARES informaron que el canje se realizaría únicamente por 161,400 unidades¹⁹, pues, era el total de dispositivos con el que contaban para devolver.

Pese a ello, DIAGNÓSTICA PERUANA afirma que un mes después de haber realizado el canje, mediante Oficio N° 926-2020-PERU COMPRAS-OA²⁰, PERÚ COMPRAS requirió el canje íntegro de los productos restantes, es decir, las 65,100 unidades restantes. Por lo que, DIAGNÓSTICA PERUANA indica que realizó la entrega de 65,100 unidades²¹ sin recibir algún dispositivo por ellas. Según señala el demandante, la Entidad no ha cumplido hasta la fecha, con la devolución de las 65,100 unidades²².

165. De acuerdo con lo indicado, el Árbitro Único advierte que, mediante la Segunda Pretensión Principal, DIAGNÓSTICA PERUANA solicita la devolución de 65,100 unidades de pruebas rápidas. Asimismo, vía pretensión subordinada solicita que, en caso la Entidad no disponga de las unidades requeridas, se reconozca como concepto indemnizatorio el abono de la suma de S/ 1' 946,490.00 (Un millón novecientos cuarenta y seis mil cuatrocientos noventa con 00/100 soles).

¹⁸ Anexo A-24 del escrito de Demanda presentado por DIAGNÓSTICA PERU, de fecha 31 de agosto de 2021.

¹⁹ Anexo A-26 del escrito de Demanda presentado por DIAGNÓSTICA PERU, de fecha 31 de agosto de 2021.

²⁰ Anexo A-29 del escrito de Demanda presentado por DIAGNÓSTICA PERU, de fecha 31 de agosto de 2021.

²¹ Anexo A-30 del escrito de Demanda presentado por DIAGNÓSTICA PERU, de fecha 31 de agosto de 2021.

²² Numerales 50 y 51 del escrito de Demanda presentado por DIAGNÓSTICA PERU, de fecha 31 de agosto de 2021

166. Al respecto, corresponde precisar que la petición de DIAGNÓSTICA PERUANA está vinculada a la devolución de una determinada cantidad de unidades de pruebas rápidas. Al respecto, debe tenerse en consideración que, de conformidad con la Cláusula Segunda del Contrato, DIAGNOSTICA PERUANA se obligó a la entrega de un total de 332,000 unidades de pruebas rápidas que, de acuerdo con la Cláusula Quinta del Contrato, se iba a realizar mediante tres (03) entregas, como se aprecia en el siguiente recuadro:²³

ENTREGA N°	ORDEN DE COMPRA N°	CANTIDAD	PLAZO
1	0000086	20,000 unidades	Veinticinco (25) días calendario, de notificada la orden de compra.
2		102,000 unidades	Cuarenta (40) días calendario, de notificada la orden de compra.
3		210,000 unidades	Cincuenta (50) días calendario, de notificada la orden de compra

167. Sobre lo indicado, cabe precisar que, si bien el presente proceso corresponde al cumplimiento de la entrega del total de las unidades objeto del Contrato, no es menos cierto que la devolución solicitada deriva justamente de actos relacionados con la ejecución contractual, pues, la obligación de devolver o pagar dichas unidades se sustenta y/o justifica sobre la base de la relación contractual entre las partes, al observar los bienes inicialmente entregados.
168. Siendo ello así y, conforme al numeral 45.1 del artículo 45 de la TUO de la LCE que dispone que, son susceptibles de ser sometidas a arbitraje (o conciliación), aquellas controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineeficacia o invalidez del contrato, es que corresponde determinar si esta controversia ha sido sometida a arbitraje dentro del plazo establecido en el TUO de la LCE.
169. Conforme al objeto de la pretensión se aprecia que esta no se enmarca dentro de los supuestos previstos de manera expresa para el plazo especial de treinta (30) días para el inicio de alguno de los mecanismos de solución de controversias, de manera que corresponde aplicar el plazo general, esto es, el plazo establecido en el numeral 45.6 del artículo 45 del TUO de la LCE que establece lo siguiente:
- 45.6 En supuestos diferentes a los mencionados en el párrafo anterior, los medios de solución de controversias previstos en este artículo deben ser iniciados por la parte interesada en cualquier momento anterior a la fecha del pago final.*
170. Conforme con lo descrito, el demandante debía iniciar, en este caso, el arbitraje, en cualquier momento anterior a la fecha del pago final, es decir, con anterioridad al 15 de enero de 2021.
171. Como ya ha sido mencionado, el demandante dio inicio al arbitraje en

²³ Fragmento extraído de la Cláusula Quinta del Contrato (Anexo a-5 del escrito de Demanda de fecha 31 de agosto de 2021).

fecha posterior al plazo de caducidad establecido en el numeral 45.6 del artículo 45 del TUO de la LCE, de manera que el Árbitro Único resuelve DECLARAR FUNDADA la excepción de caducidad respecto de la Segunda Pretensión Principal y la Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal.

Sobre la Tercera Pretensión Principal de la Demanda

172. La Tercera Pretensión Principal fue planteada en los siguientes términos²⁴:

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a PERÚ COMPRAS realizar el pago de una indemnización por daño emergente (incluida la pérdida de la chance) a favor de DIAGNÓSTICA, a consecuencia de la afectación que le generó la publicación del rechazo, por parte de PERÚ COMPRAS y el INS, de los dispositivos médicos entregados como parte del contrato.

173. DIAGNÓSTICA PERUANA solicita una indemnización debido al perjuicio económico que habría sido generado por el actuar de PERU COMPRAS en el marco de la ejecución del Contrato, como se aprecia a continuación:²⁵

Sin perjuicio de lo expuesto en la fundamentación de hechos y de derecho de las pretensiones precedentes, no podemos dejar de lado el perjuicio económico que ha generado el actuar de la Entidad en el marco de la ejecución del contrato, que deberá ser indemnizado o resarcido por la Entidad, en virtud de su responsabilidad civil contractual.

174. Según indica, la pretensión indemnizatoria está referida a: i) daño emergente por los gastos de renovación de la carta fianza, ii) lucro cesante por las ganancias dejadas de percibir y iii) la pérdida de chance con relación a la expectativa de venta a un cliente privado²⁶.

175. Sumado a ello, sostiene que la justificación de su pedido indemnizatorio se relaciona, principalmente, con lo discutido en la Primera Pretensión Principal de la demanda, pues, en este punto vuelve a argumentar que ha habido una incorrecta formulación de observaciones sobre los dispositivos médicos, lo cual habría generado una dilación injustificada en la realización del pago. Finalmente, alude a la difusión de los resultados supuestamente errados que emitió el INS, los cuales, señala, carecen de sustento técnico y legal para

²⁴ Fragmento extraído de la Orden Procesal N°4 de fecha 10 de noviembre de 2021.

²⁵ Numeral 61 del escrito de Demanda presentado por DIAGNÓSTICA PERUANA, de fecha 31 de agosto de 2021.

²⁶ Numeral 77 del escrito de Demanda presentado por DIAGNÓSTICA PERUANA, de fecha 31 de agosto de 2021.

haberse emitido²⁷.

176. Sobre lo indicado, el Árbitro Único concluye que la materia en controversia derivada de la pretensión bajo análisis ha sido planteada sustentándose en sucesos que están vinculados al Contrato y, además, como indica DIAGNÓSTICA PERUANA, se dieron en el marco de la ejecución de este. El perjuicio económico alegado, ha sido atribuido por DIAGNÓSTICA PERUANA a una errónea formulación de observaciones en el marco del Contrato, por lo que se trata de una materia controvertida que deriva del mismo.
177. Ahora bien, en lo referente a determinar si ha operado la caducidad, se debe tener en consideración los plazos de caducidad previstos en la norma y a los que se ha hecho mención anteriormente.
178. Así, conforme indica el artículo 45 del TUO de la LCE, cuando la controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados o liquidación del contrato, corresponde aplicar el plazo de caducidad de 30 días hábiles.
179. En el caso que nos ocupa, se verifica que la Tercera Pretensión Principal de la demanda tampoco está referida a ninguno de los supuestos previstos de manera taxativa en la normativa, de modo que, será de aplicación el plazo de caducidad general, esto es, el plazo establecido en el numeral 45.6 del artículo 45 del TUO de la LCE que establece lo siguiente:

45.6 En supuestos diferentes a los mencionados en el párrafo anterior, los medios de solución de controversias previstos en este artículo deben ser iniciados por la parte interesada en cualquier momento anterior a la fecha del pago final.

180. Como consecuencia de lo anterior, el medio de solución de controversias respecto de la Tercera Pretensión Principal debió ser iniciado en cualquier momento anterior a la fecha del pago final.
181. Sobre lo manifestado por DIAGNÓSTICA PERUANA con relación a que el pago final no se ha configurado, puesto que el mismo viene siendo objeto de discusión, corresponde tener en consideración lo resuelto por el Árbitro Único sobre ese tema en el análisis de la excepción de caducidad relativa a la primera pretensión principal y su accesoria.
182. En ese sentido, de los escritos y medios de prueba, se advierte que, con fecha 15 de enero de 2021, PERÚ COMPRAS efectuó el último pago con motivo de la ejecución del Contrato. Cabe indicar que, DIAGNÓSTICA PERUANA no incluyó, en su escrito de solicitud de arbitraje²⁸, a la Tercera Pretensión Principal de la demanda que

²⁷ Numeral 78 del escrito de Demanda presentado por DIAGNOSTICA PERUANA, de fecha 31 de agosto de 2021.

²⁸ De fecha 24 de marzo de 2021.

consiste en que "Se ordene a PERÚ COMPRAS realizar el pago de una indemnización por daño emergente (incluida la pérdida de la chance) a favor DIAGNÓSTICA, a consecuencia de la afectación que le generó la publicación del rechazo, por parte de PERÚ COMPRAS y el INS, de los dispositivos médicos entregados como parte del contrato". Dicha pretensión fue comunicada recién en el escrito de demanda de fecha 31 de agosto de 2021, es decir, con posterioridad al 15 de enero de 2021, fuera del plazo de caducidad establecido en la normativa para tal efecto. Por ende, corresponde declarar que la caducidad ha operado en este caso en concreto, respecto de la Tercera Pretensión Principal de la Demanda.

183. En virtud de lo expuesto, el Árbitro Único resuelve declarar FUNDADA la excepción de caducidad en lo referente a la Tercera Pretensión Principal de la Demanda.
184. En virtud de todo lo indicado, el Árbitro Único considera que la excepción de caducidad deducida por PERÚ COMPRAS es procedente respecto de la Primera Pretensión Principal, la Pretensión Accesoria a la Primera Pretensión, la Segunda Pretensión Principal, la Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión y la Tercera Pretensión Principal. Por tanto, resuelve que la acción de la parte demandante respecto de las materias discutidas mediante las pretensiones indicadas ha caducado.
185. Sumado a ello, el Árbitro Único declara que no corresponde pronunciarse sobre el fondo de la controversia, de modo que, sólo procederá a determinar los costos y costas del presente proceso arbitral.

Sobre la determinación del pago de los costos y costas del proceso arbitral

186. A continuación, el Árbitro Único determinará a quién y en qué proporción corresponde el pago de los gastos arbitrales, costas y costos resultantes del presente arbitraje.
187. De la lectura de la Cláusula Décima Séptima del Contrato: "Solución de controversias", se observa que las partes no han estipulado algún acuerdo relativo a la asunción y distribución de costos del arbitraje.
188. En ese sentido, corresponde remitirse a las disposiciones establecidas en el Reglamento de Arbitraje con relación a este aspecto. Así, el artículo 42 del mencionado reglamento establece lo siguiente:

"Artículo 42

Decisión sobre los costos del arbitraje

1. *Los costos del arbitraje incluyen los siguientes conceptos:*
 - a) *los honorarios y los gastos de los árbitros;*
 - b) *los gastos administrativos determinados por el Centro de conformidad con la Tabla de Aranceles vigente en la fecha de inicio del arbitraje;*

- c) los honorarios y los gastos de los peritos nombrados por el Tribunal Arbitral, si los hubiere; y
d) los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.
2. El Consejo puede fijar los honorarios de los árbitros en un monto superior o inferior al que resulte de la Tabla de Aranceles aplicable, si así lo considera necesario, en razón de circunstancias excepcionales que se presenten en el caso.
3. En cualquier momento del arbitraje, el Tribunal Arbitral puede tomar decisiones sobre los costos de pruebas ordenadas por iniciativa propia o sobre los costos legales de una etapa y ordenar su pago.
4. El laudo final se pronuncia sobre los costos del arbitraje y decide si una de las partes debe pagarlos o la proporción en que debe distribuirse entre ellas. El Tribunal Arbitral fija el momento y los términos en que las partes presentan la información necesaria para estos efectos.
5. Al tomar la decisión sobre costos, el Tribunal Arbitral puede tomar en cuenta las circunstancias que considere relevantes, incluyendo el grado de colaboración de cada parte para que el arbitraje sea conducido de forma eficiente y eficaz en términos de costos y tiempo.
6. En caso de desistimiento o de terminación del arbitraje antes de dictarse el laudo final, el Centro fija los honorarios y gastos de los árbitros cuando corresponda y los gastos administrativos del Centro. A falta de acuerdo de las partes, la distribución de los costos del arbitraje y otras cuestiones relevantes en relación con los costos son decididas por el Tribunal Arbitral. El Centro devuelve cualquier excedente de los gastos arbitrales a las partes en la forma que determine el Tribunal Arbitral, o en su defecto, en las proporciones en que fueron recibidas."
189. En adición a lo anterior, el artículo 73º del Decreto Legislativo N° 1071 establece que el Tribunal Arbitral o, en este caso, el Árbitro Único, tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes y a falta de este, los costos serán de cargo de la parte vencida, sin embargo, podrá distribuirlos entre las partes si lo estima razonable. A mayor detalle, el artículo 70 de la misma norma establece con relación a los costos lo siguiente:
- "Artículo 70.- Costos**
El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden:
- a. Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.
 - b. Los honorarios y gastos del secretario.
 - c. Los gastos administrativos de la institución arbitral.
 - d. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.
 - e. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.
 - f. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones

arbitrales.”

190. En ese sentido, el Árbitro Único considera que, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Arbitraje y en la Ley de Arbitraje, atendiendo a la especialidad de la materia y a la conducta procesal de las partes, éstas han tenido razones suficientes para litigar, habiéndose presentado una diferencia interpretativa entre las partes, por lo que, en ese orden de ideas, el Árbitro Único decide que DIAGNÓSTICA PERUANA y PERÚ COMPRAS deben asumir los honorarios del Tribunal Arbitral y de los gastos administrativos del Centro, en partes iguales. Asimismo, el Árbitro Único determina que cada una de las partes asuma la totalidad de los gastos vinculados a su respectiva defensa en el presente arbitraje, incluyendo los honorarios de sus respectivos abogados, los honorarios y gastos correspondientes a asesorías o cualquier otro gasto vinculado al presente arbitraje.
191. En base a lo informado por la Secretaría Arbitral, los honorarios del Árbitro Único y los Gastos Administrativos del Centro fueron, en su totalidad, los siguientes:

Concepto	Monto (no incluye el IGV)
Honorarios del Árbitro Único	S/ 38,283.47
Gastos Administrativos del Centro	S/ 42,015.09

Conforme con lo anterior, cada parte debe asumir el 50% de lo expresado en el cuadro del numeral precedente, es decir, el monto de S/ 19,141.735 más IGV por concepto de honorarios del Árbitro Único y el monto de S/ 21,007.545 más IGV por concepto de gastos administrativos del Centro.

192. Asimismo, dado que DIAGNÓSTICA PERUANA pagó en subrogación el monto de S/ 14,685.775 más IGV por concepto de gastos administrativos del Centro y el monto de S/ 13,433.57 más IGV por concepto de honorarios del árbitro único, corresponde que PERU COMPRAS reembolse dichos montos a DIAGNÓSTICA PERUANA.

XIII. LAUDO

Por las razones expuestas, en Derecho y dentro del plazo correspondiente, el Árbitro Único **LAUDA:**

Primero: Declarar **FUNDADA** la excepción de caducidad respecto de la Primera Pretensión Principal, la Pretensión Accesoria a la Primera Pretensión Principal, la Segunda Pretensión Principal, la Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión y la Tercera Pretensión Principal de la demanda. Por tanto, NO CORRESPONDE que el Árbitro Único emita un pronunciamiento respecto del fondo de la controversia.

Segundo: En lo relativo a la asunción de los costos y costas del proceso, el Árbitro Único resuelve **ORDENAR** que ambas partes asuman los honorarios del Árbitro Único y los gastos administrativos del Centro de Arbitraje, en proporcionales iguales. En consecuencia, el Árbitro Único **ORDENA** que **CENTRAL DE COMPRAS PÚBLICAS – PERÚ COMPRAS** pague a **DIAGNÓSTICA PERUANA S.A.C.** el monto de S/ 14,685.775 más IGV por concepto de gastos administrativos del Centro y el monto de S/ 13,433.57 más IGV por concepto de honorarios del árbitro único, que **DIAGNÓSTICA PERUANA S.A.C.** pagó en subrogación.

Asimismo, el Árbitro Único **ORDENA** que cada parte asuma la totalidad de los gastos vinculados a su respectiva defensa en el presente arbitraje, incluyendo los honorarios de sus respectivos abogados, los honorarios y gastos correspondientes a asesorías o cualquier otro gasto vinculado al presente arbitraje.

Notifíquese a las partes.-



Alfredo F. Soria Aguilar
Árbitro Único